

De krant was een meneer

Wat zijn de juridische mogelijkheden van een natuurlijk persoon om zich tegen een onrechtmatige inbreuk op de privacy in de media te beschermen en in hoeverre kan artikel 6:104 BW daarbij een adequate rol vervullen?

19 april 2012

Masterscriptie Nederlands Recht (R80313)
Open Universiteit Nederland
Student: Jan P. Berghuis
Studentnummer: 838587198

Index:	
Gebruikte afkortingen	4
Inleiding	5
Hoofdstuk 1: De vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy	9
1.1. De verticale werking van de artikelen 7 GW en 10 EVRM	9
1.1.2. Commerciële mededelingen	11
1.2. Jurisprudentie / vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM	11
1.2.1. Misstanden in de samenleving bekritisieren	11
1.3. Bescherming van het recht op privacy. Artikel 8 EVRM	13
1.3.1. Publicatie van “Staatsgeheimen”. Telegraaf versus AIVD	14
1.3.2. Vrijheid van meningsuiting versus recht op privacy	14
1.3.3. Publicatie van vertrouwelijke documenten	15
1.3.4. Mosley versus UK	16
1.4. Conclusie hoofdstuk 1	17
Hoofdstuk 2: Onrechtmatige publicatie ex art. 6:162 BW	19
2.1. Horizontale werking van grondrechten en art.6:162 BW	19
2.1.1. Algemeen belang als rechtvaardigingsgrond	21
2.1.2. Feitelijke correctheid	22
2.2. Meningsuiting versus privacy	25
2.3. Conclusie hoofdstuk 2	28
Hoofdstuk 3: Rechtsvorderingen in geval van onrechtmatige publicaties	29
3.1. Schade	29
3.1.1. Immateriële schadevergoeding	29
3.1.2. Materiële schadevergoeding	31
3.2. Rectificatie en verklaring voor recht	32
3.3. Publicatieverbod ex art. 3:296 BW	34
3.4. Winstafdracht	36
3.4.1. Vereisten voor winstafdracht ex art. 6:104 BW	36
3.4.2. Schadevergoeding en verwijtbaarheid	38
3.4.3. Speelt verwijtbaarheid een rol?	41
3.4.4. Causaal verband onrechtmatige inbreuk privacy en art. 6:104 BW	42
3.5. Conclusie hoofdstuk 3	44
Hoofdstuk 4: Duitsland	46

4.1. Rechtsvergelijking met Duitsland	46
4.2. § 826	47
4.3. Conclusie hoofdstuk 4	49
Hoofdstuk 5: Conclusie	51
5.1. Vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy	51
5.2. Onrechtmatige publicatie ex art. 6:162 BW	52
5.3 Welke rechtsvorderingen in geval van een onrechtmatige publicatie?	52
5.4. Rechtsvergelijking Duitsland	53
5.5. Kan artikel 6:104 BW een adequate rol vervullen tegen onrechtmatige uitlatingen in de media?	54
Literatuurlijst	55

Afkortingen:

AB	Algemeen Bestuur
ABRvS	Afdeling Bestuursrecht Raad van State
A-G	Advocaat-Generaal
Art.	Artikel
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundes Gerichtshof
BGHZ	Bundes Gerichtshof in Zivilsachen
BVIE	Benelux-verdrag inzake de Intellectuele Eigendom
BW	Burgerlijk Wetboek
BWNA	Burgerlijk Wetboek Nederlandse Antillen
CSQN	Conditio Sine Qua Non
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag Rechten van de Mens
GG	Grund Gesetz
GW	Grondwet
HR	Hoge Raad
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten.
JOL	Hoge Raad Civiel en Hoge Raad Straf
JOR	Jurisprudentie Onderneming & Recht
KG	Kort Geding
LG	Landes Gericht
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristen Blad
R.o.	Rechts overweging
Rv	Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
WvSr	Wetboek van Strafrecht

Inleiding.

“De krant was een meneer”. Deze uitdrukking stamt uit lang vervlogen tijden toen de krant een gezaghebbende bron van informatie was. De dagelijkse commentaren vormden een leidraad voor de lezer. In de huidige samenleving worden we overspoeld met informatie door diverse media. Het vanzelfsprekende gezag bestaat niet meer. Media zijn steeds commerciëler geworden. Behalve aan nieuws heeft een deel van de lezers behoefte aan “verstrooiing”. De zogenaamde “boulevard bladen” voorzien hierin. Overigens hebben er altijd al roddelbladen bestaan, deze worden echter nimmer aangeduid als een meneer. “Roddeltante” zou een betere benaming zijn. Dat de media sinds lang geducht en gevreesd zijn kan worden geïllustreerd met het navolgende verhaal.

In de jaren twintig van de 18^{de} eeuw woonde in Amsterdam ene Anna Bruynsteen. Ze stond bekend als weduwe Pestalozzi, de naam van haar derde overleden echtgenoot. Een treurig bestaan leidde ze niet. Integendeel. Dit gegeven was voor Weyerman, uitgever van het tijdschrift de *Echo des Weerelds*, aanleiding om aan te kondigen dat hij haar pikante levenswandel tot in detail zou gaan beschrijven.

Onmiddellijk daarna werd Weyerman bij de rouwende dame in kwestie geroepen. Ze weende tranen met tuiten. Ontroerd stelde de schrijver haar gerust. Nee, van hem had ze niets te vrezen. Maar later ontving ze van Weyerman een brief: of ze met een paar zilveren kandelaars over de brug kon komen omdat hij zijn grootmoedige aanbod natuurlijk niet voor niets had gedaan.¹

Om nu te beweren dat de media het onderwerp van hun publicaties chanteren is onjuist, maar dat publicaties niet altijd met vreugde worden begroet, is evident. Indien een uitlating als onrechtmatig wordt ervaren kan de benadeelde naar de rechter gaan. De rechter zal een afweging moeten maken tussen enerzijds het recht op privacy, anderzijds het recht op informatievrijheid.² De bevoegdheid van de overheid om burgers beperkingen ten aanzien van de vrijheid van meningsuiting op te leggen wordt door de artikelen 7 GW en 10 EVRM geregeld. Zowel artikel 10 EVRM als artikel 7 GW garandeert het recht inlichtingen of denkbeelden door te geven maar bevat ook de

¹ http://jacobcampoweyerman.blogspot.com/2008/06/presentatie-stookschriften_01.html.

² EHRM 10 mei 2011, application no. 48009/08 Mosley vs. U.K.

vrijheid inlichtingen te ontvangen en te verstrekken. Vooral de nieuwsmedia profiteren van deze vrijheid van meningsuiting. Het is echter niet alleen van belang voor de media zelf: een vrije pers is essentieel voor het functioneren van een democratische samenleving.³ Daar staat tegenover dat met name de boulevard journalisten trachten door sensationele “onthullingen” de inkomsten van hun werkgevers te vergroten. Het recht op privacy komt daardoor regelmatig in het gedrang. De vraag of een publicatie onrechtmatig is hangt samen met het recht op uitingsvrijheid (art. 10 EVRM) enerzijds en het recht op bescherming van eer en goede naam, de persoonlijke levenssfeer (art. 8 EVRM) anderzijds. Bij de beantwoording van de vraag of een publicatie onrechtmatig is, staan ex art 6:162 BW in beginsel twee, ieder voor zich hoogwaardige maatschappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen; aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan. Welke van deze belangen de doorslag behoort te geven, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden.

Indien het slachtoffer op de hoogte is van een voorgenomen inbreuk op de privacy kan een publicatieverbod worden gevorderd. Om zijn eis kracht bij te zetten kan de benadeelde een dwangsom laten opleggen om zo een afschrikwekkende werking te hebben. Zo zag Peter de Vries pas van uitzending af nadat de dwangsom werd verhoogd van € 15.000,- naar € 500.000,-.⁴ Indien het “kwaad” van publicatie al is geschied kan vergoeding van schade⁵, rectificatie⁶, verbod op herhaling⁷, verklaring van recht⁸ en winstafracht (art. 6:104 BW)⁹ worden gevorderd.

Artikel 6:104 BW luidt:

Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.

³ HR 25 maart 2008, JOL 2008, 231. Telegraaf.

⁴ Rb Amsterdam 19 april 2006, LJN AW2164 en Rb Amsterdam 16 april 2010, LJN BM1482.

⁵ EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 554. Miloslavsky.

⁶ Rb Amsterdam 7 mei 2003, NJ 2004, 66.

⁷ HR 2 mei 2003, NJ 204, 80. Breekijzer.

⁸ Art. 3:302 BW.

⁹ Art. 6:104 BW.

De gedachte achter art. 6:104 BW is dat het onredelijk werd geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten, waardoor die ander vermoedelijk wel schade heeft geleden, maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar is.¹⁰

In de praktijk zijn vorderingen tegen media die forse winsten hebben gemaakt met privacyschendende “onthullingen” problematisch.

Ook vorderingen op grond van art. 6:104 BW zijn zelden succesvol. Veelal wordt betwist of het voordeel dat het medium op grond van een onrechtmatige publicatie heeft verkregen valt onder de door de benadeelde geleden schade. Daarnaast is het voor de benadeelde lastig om het causaal verband tussen de privacyschending en de gemaakte extra winst (als gevolg van meer omzet of hogere kijkcijfers) te bewijzen.¹¹

De Hoge Raad heeft recent in de arresten Setel¹² en Stichting Ymere¹³ aan het begrip winst in art. 6:104 BW een ruime betekenis gegeven. De gemaakte winst hoeft geen betrekking te hebben op de winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren en de op te leggen schadevergoeding hoeft niet in een reële verhouding te staan tot de daadwerkelijk geleden schade. Deze jurisprudentie lijkt aan slachtoffers van commerciële privacyschendingen een ruimere mogelijkheid tot schadevergoeding te bieden.

Mijn probleemstelling luidt derhalve:

Wat zijn de juridische mogelijkheden van een natuurlijk persoon om zich tegen een onrechtmatige inbreuk op de privacy in de media te beschermen en in hoeverre kan art. 6:104 BW daarbij een adequate rol vervullen?

In het eerste hoofdstuk wordt de vrijheid van meningsuiting ex art. 7 GW en 10 EVRM versus het recht op privacy ex art. 8 EVRM besproken en nagegaan welke jurisprudentie zich inmiddels heeft gevormd.

¹⁰ Antw. II Parl.Gesch.Inv.W.6, p. 1269.

¹¹ Rb 's-Hertogenbosch (voorzieningen rechter) 7 november 2003, NJF 2004, 34. Rb. Amsterdam 25 februari 2004, LJN AO4371. Rb. Amsterdam 29 maart 2006, LJN AV7581.

¹² HR 18 juni 2010, HR 18 juni 2010, LJN BL9662. Setel vs. CT.

¹³ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga.

Het functioneren van grondrechten in de zin van de werking in de rechtsbetrekkingen tussen burgers en overheid wordt de verticale werking van grondrechten genoemd.¹⁴ Indien een grondrecht van toepassing is in de verhouding tussen burgers onderling is er sprake van horizontale werking van dit grondrecht.¹⁵ In hoofdstuk twee wordt onderzocht wanneer een publicatie, ex art. 6:162 BW, onrechtmatig wordt geacht en het algemeen belang als rechtvaardigingsgrond het onrechtmatige karakter aan de publicatie ontnemt door het publiek te informeren over een wantoestand. In hoofdstuk drie wordt onderzocht welke rechtsvorderingen een benadeelde heeft in geval van een onrechtmatige publicatie. Met name zal, met het oog op de probleemstelling, ingegaan worden op de vereisten voor winstaftocht ex art. 6:104 BW.

In hoofdstuk vier volgt een rechtsvergelijking met Duitsland als het gaat om de grenzen van de vrijheid van meningsuiting en de mogelijkheid zich te verweren tegen onrechtmatige publicaties. Waarom Duitsland? Omdat er met Duitsland veel uitwisseling van informatie plaatsvindt en het mediaconcern Axel Springer als uitgever van o.a. de kranten Bild en Die Welt een twijfelachtige reputatie heeft als het gaat om “onthullingen”.

Tenslotte wordt in hoofdstuk vijf de conclusie geformuleerd.

¹⁴ Burkens e.a., 2006, p. 140.

¹⁵ Akkermans e.a., 2005, p. 175.

Hoofdstuk 1:

De vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy

1.1. De verticale werking van de artikelen 7 GW en 10 EVRM

De vrijheid van meningsuiting is belangrijk omdat zij kritiek toestaat op het beleid van de overheid. De media spelen een belangrijke rol bij de vrijheid van meningsuiting omdat zij een informatieve-, meningsvormende-, expressieve- en kritiekfunctie vervullen.¹⁶ Vandaar dat art. 7 lid 1 GW allereerst tot uitdrukking brengt dat censuur niet is toegestaan. Achteraf zijn beperkingen voor wat betreft het openbaren van gedachten en gevoelens wel toegelaten, die volgens de wet, dat wil zeggen bij wet in formele zin, worden gesteld.¹⁷ Smaad¹⁸, belediging¹⁹, racistische uitingen²⁰, opruiing, aanslag op de openbare orde²¹, de goede zeden²² en afluisteren²³ stelt het Wetboek van Strafrecht strafbaar.

Er wordt door de Hoge Raad een onderscheid gemaakt tussen het openbaar maken van gevoelens, gedachten en het verspreiden ervan. De HR beschouwt het verspreiden van gedachten en gevoelens niet als onderdeel van het grondrecht omdat er anders aan de verspreiding geen beperkingen gesteld kunnen worden. De grenzen van de verspreidingsvrijheid zijn door de jurisprudentie vastgesteld. De inhoud mag geen maatstaf zijn om aan de verspreiding beperkingen te stellen.²⁴ De verspreiding mag bovendien niet in het algemeen verboden worden. Er moet steeds een vorm van verspreiding mogelijk zijn.²⁵ Wel kunnen aan de manier van verspreiding grenzen worden gesteld.²⁶

¹⁶ Bulk 1998, p. 136.

¹⁷ Onder drukpers wordt verstaan dat het in beginsel moet gaan om leesbare tekens en afbeeldingen. De wetgever is gehouden regels te stellen voor wat betreft radio en televisie. HR 24 januari 1967, NJ 1967, 270. Landschapschoon Noord-Holland.

¹⁸ Art. 262 WvS.

¹⁹ Art. 266 WvS.

²⁰ Art. 137 c en d WvS.

²¹ Art. 131 WvS.

²² Art. 379 WvS.

²³ Art. 139b WvS.

²⁴ HR 28 november 1950, NJ 1951, 137. APV Tilburg.

²⁵ Akkermans e.a., 2005, p. 69.

²⁶ HR 2 oktober 1979, NJ 1980, 105. APV Dordrecht.

Indien er bij een APV de bepaling is opgenomen dat het anderen dan rechthebbenden is verboden een aanplakbiljet of ander geschrift, afbeelding of aanduiding aan te plakken of op andere wijze te bevestigen op de weg of op een onroerend goed dat zich op of aan de weg bevindt, meent de Hoge Raad dat er geen sprake is van strijd tussen de APV en art. 7 eerste lid, GW.²⁷ Een plakverbod is, ook als het gaat om reclame voor culturele activiteiten, niet in strijd met art. 7 GW en is geoorloofd conform art. 10 lid 2 EVRM.²⁸ Ook artikel 10 EVRM beschermt de vrijheid van meningsuiting en geeft een ieder het recht om zijn mening vrij te uiten, zonder inmenging van het openbaar gezag en beperkingen. Deze uitingsvrijheid is niet absoluut. De nationale overheden hebben op grond van art. 10 lid 2 EVRM het recht om sancties op te leggen bij een overschrijding van de uitingsvrijheid. Degenen die een dergelijke sanctie opgelegd krijgen kunnen hierover klagen bij het EHRM, waarna beoordeeld wordt of de opgelegde sanctie gerechtvaardigd is.²⁹ Het verdrag moet volgens artikel 53 EVRM, als een minimale waarborg worden beschouwd en kan niet afdoen aan een verdergaande erkenning en bescherming van de grondrechten in de nationale wetgeving van de Lidstaten.³⁰ De burger moet zijn gedrag erop kunnen afstemmen.³¹ Het EHRM hanteert voor de toetsing van de beperkingsgronden twee criteria:

1. de door de overheid opgelegde beperking moet voorzien zijn bij wet.

Wanneer een norm als wet kan worden aangemerkt moet deze wel voldoende kenbaar zijn en zodanig geformuleerd dat het algemene publiek zich ernaar kan richten.³²

2. de beperking moet opgelegd zijn conform artikel 10 lid 2 EVRM.

In het *Autronic* arrest heeft het EHRM bepaald dat het moet gaan om een beperking die noodzakelijk is in een democratische samenleving.³³ Er moet derhalve sprake zijn van een dringende maatschappelijke behoefte, tevens moet de beperking evenredig zijn aan het te beschermen belang. In het *Handyside* arrest stelt het Hof dat de uitingsvrijheid een van de essentiële grondslagen van een democratische samenleving is die ook geldt voor inlichtingen en denkbeelden “*that offend, shock or*

²⁷ HR 21 januari 1986, AB 1986, 572. plakverbod Gouda.

²⁸ HR 1 april 1997, NJ 1997, 451. APV Amsterdam.

²⁹ Grosheide, 2007, p. 365.

³⁰ Bulk 1998, p. 50.

³¹ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, *Sunday Times*.

³² EHRM 29 oktober 1992, NJ 1993, 544. *Open Door*.

³³ EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740. *Autronic*.

*disturb: such are the demands of that pluralism, tolerance and broad mindedness without which there is no democratic society”.*³⁴

In nagenoeg alle arresten van het EHRM is dit tweede criterium de beslissende factor voor de toetsing aan de beperkingsgronden. Het EHRM heeft nog geen definitie gegeven van het begrip “democratische samenleving”.

1.1.2. Commerciële mededelingen

In het arrest Markt Intern Verlag³⁵ gaf het EHRM aan dat informatie van commerciële aard onder de bescherming van art 10 lid 2 EVRM valt. Ook omroepuitzendingen, via de kabel, van overwegend lichte muziek en reclameboodschappen vallen onder de bescherming van art. 10 EVRM.³⁶ Een krantenadvertentie van een advocaat valt eveneens onder de bescherming van art. 10 lid 1 EVRM.³⁷ Het Hof motiveerde dit met de toevoeging dat de advertentie nuttige informatie bevatte voor rechtzoekenden.

Ook de Hoge Raad gaat er van uit dat het commerciële belang om voor bepaalde activiteiten te kunnen werven, mede onder de bescherming van de vrijheid van meningsuiting valt.³⁸

1.2. Jurisprudentie / vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM

1.2.1. Misstanden in de samenleving bekritisieren

Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens gebruikt in het Sunday Times arrest de volgende overweging:

Article 10 guarantees not only the freedom of press to inform the public but also the right of the public to be properly informed.

³⁴ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236. Handyside.

³⁵ EHRM 20 november 1989, NJ 1991, 738. Markt Intern Verlag vs BRD. Zie ook: HR 13 februari 1987, NJ 1987, 899. Beelen vs van der Linde.

³⁶ EHRM 28 maart 1990, NJ 1991, 739. Groppera radio.

³⁷ EHRM 24 februari 1994, NJ 1994, 518. Cassado Coca.

³⁸ HR 2 mei 1997, NJ 1997, 661. M. vs Bios Amsterdam.

De feiten.

De Sunday Times wilde een artikel publiceren over het slaap- en kalmeringsmiddel thalidomide. Een medicijn dat beter bekend is, ook in Nederland, als Softenon. In het betreffende artikel werd aangekondigd dat een volgende publicatie zou gaan over het gebrekkig of beter het in het geheel niet, testen van dit middel. Dit geneesmiddel had bij gebruik, tijdens de zwangerschap waarschijnlijk tot gevolg gehad dat een aantal kinderen met afwijkingen werd geboren. Op grond van deze vermoedens spanden een groot aantal ouders rechtsgedingen aan tegen de fabrikant en de verkoper van dit middel in Groot Brittannië.

In een langdurige procedure trachtten de producent en de vele gedupeerden tot een schikking te komen. Ter bescherming van deze rechtsprocedure werd de publicatie van het artikel verboden. De fabrikant stelde dat de publicaties in de periode dat de zaak, zolang deze onder de rechter zou zijn, zou leiden tot een “contempt of Court”.

De Sunday Times klaagde bij de Europese Commissie voor de rechten van de Mens over schending van art. 10 EVRM. De commissie verklaarde de klacht ontvankelijk en legde deze zaak voor aan het EHRM. Het Hof merkt het publicatieverbod aan als een beperking van de uitingsvrijheid als gegarandeerd in artikel 10 van het verdrag. In zijn conclusie liet het Hof meewegen dat de families van de slachtoffers van het medicijn een “vital interest” hadden om alle informatie over het onderwerp te verkrijgen. De Sunday Times verdedigde dus niet alleen het recht op vrije meningsuiting maar ook het recht om het publiek te informeren over een, in hun ogen, misstand.³⁹

In het arrest Flinkkilä/Finland oordeelde het EHRM dat de veroordeling van een “roddelblad” voor publicatie van het portret van een verdachte in strijd was met de vrijheid van meningsuiting.

De affaire:

De valtakunnansovittelija, riksförlikningsmannen, een soort ombudsman, komt 's avonds laat met zijn vriendin thuis. Zijn vrouw, die hier niet blij mee is valt de vriendin en de ombudsman aan. Er ontstaat een gevecht. De ombudsman en zijn vriendin worden gearresteerd en later veroordeeld.

³⁹ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, r.o. 66, p. 30. Sunday Times.

Het Finse blad “t päiviää” publiceert foto’s en de volledige naam van de vriendin alsmede een sappig artikel over de gebeurtenis.

De Finse rechter veroordeelt het blad in een strafzaak. Uiteindelijk komt de zaak bij het EHRM terecht. Het Hof oordeelde dat het over een kwestie van algemeen belang ging. Te weten de veroordeling van de vriendin en het schandaal rond een bekende overheidsfunctionaris. De vriendin was geen publiek persoon maar haar vriend wel. Door verstoring van de openbare orde, de vechtpartij, heeft zij zelf ook het publieke domein betreden. Het Hof concludeert dat de veroordeling van het blad een ongeoorloofde beperking van de uitingsvrijheid oplevert.⁴⁰ Kritiek op staatshoofden, regeringen of militaire overheden kan dus in bepaalde situaties scherp maar toch aanvaardbaar zijn wanneer het om zaken van publiek belang gaat. Enkele voorbeelden: Een senator in verband brengen met fraude en corruptie⁴¹, het naziverleden van een minister oprakelen⁴². Ook de omgeving van een vreemd staatshoofd in verband brengen met drugshandel kan iedere keer aanspraak maken op de bescherming van art. 10 EVRM.⁴³

1.3. Bescherming van het recht op privacy, artikel 8 EVRM

Art. 8 lid 1 EVRM waarborgt het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven. Art. 8 lid 2 EVRM geeft aan dat inmenging door overheden op dit gezinsleven onder bepaalde voorwaarden is toegestaan.

De eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer door een verdragsstaat is gericht op een actieve en doeltreffende bescherming van de burger.⁴⁴ Volgens het EHRM bevat art. 8 EVRM geen recht op reputatie. Dit artikel beschermt niet de “persoonlijke identiteit” en de “persoonlijke integriteit” (bijvoorbeeld de eigendunk van een persoon).⁴⁵

⁴⁰ EHRM, 6 april 2010, nr. 25576/04. Ruokanen e.a. vs Finland.

⁴¹ EHRM 28 september 1999, appl.nr 28114/95. Dalban vs. Romania.

⁴² EHRM 12 juli 2001, appl.nr. 29032/95. Feldek vs. Slovakia.

⁴³ EHRM 25 juni 2002, appl.nr. 51279/99. Colombani vs. France.

⁴⁴ EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506. Lopez Ostra. EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538. Gül.

⁴⁵ EHRM, 28 april 2009, nr. 39311/05. Karakó vs Hungary.

1.3.1. Publicatie van “Staatsgeheimen”. Telegraaf versus AIVD.

Journalisten van de Telegraaf ontvingen uit anonieme bron vertrouwelijke staatsgeheime informatie afkomstig van de AIVD en haar voorgangster de BVD, betreffende gevoelige operationele gegevens uit een BVD onderzoek naar een criminele organisatie, de mogelijke verwevenheid van de onder- en bovenwereld. De journalisten hadden aan hun bron geheimhouding toegezegd en publiceerden de informatie in de telegraaf. De AIVD luisterde de journalisten af en observeerde hen.

Tevens werden hun telecom en printgegevens opgevraagd. De journalisten vorderden het staken van alle onderzoeken en gebruik van bijzondere bevoegdheden door de AIVD, voor zover betrekking hebbend op de Telegraaf en de journalisten, alsmede het vernietigen van alle gegevens zonder enige kopie daarvan te behouden.

De Staat stelde zich ten onrechte op het standpunt dat vorderingen die erop neerkomen dat de Staat wordt bevolen onderzoeken jegens journalisten en de verkregen gegevens te vernietigen onjuist zijn.⁴⁶

De Hoge Raad is van mening dat de journalistieke bronbescherming niet absoluut is.

Deze niet absolute bronbescherming vindt zijn rechtvaardiging ondermeer in de protectie van de nationale veiligheid en de noodzaak om de verspreiding van vertrouwelijke informatie te verhinderen. Er was in deze zaak geen sprake van een onderzoek naar personen en organisaties die door de doelen die zij nastreven, dan wel door hun activiteiten aanleiding geven tot het ernstige vermoeden dat zij een gevaar vormen voor het voortbestaan van de democratische rechtsorde, dan wel voor de veiligheid van de Staat. De observaties en het afluisteren van journalisten werden door de Hoge Raad in deze zaak gezien als inbreuk op de privacy.

In het “Ravage-arrest” stelt de Hoge Raad vast dat onder een inbreuk op de door art. 8 EVRM beschermde rechten ook journalistieke stukken en het abonneebestand vallen.⁴⁷

1.3.2. Vrijheid van meningsuiting versus recht op privacy

In de procedure die prinses Caroline van Hannover aanspande tegen Burda-Verlag ging het om de publicatie van een aantal, op zich onschuldige, foto's. De Duitse rechter

⁴⁶ HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451. Telegraaf vs AIVD.

⁴⁷ HR 2 september 2005, RvdW 2005, 94. Ravage.

oordeelt tot in de hoogste instantie dat er gezien het gegeven dat prinses Caroline een absoluut persoon der tijdsgeschiedenis is, er geen sprake is van een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer. Tevens was de Duitse rechter van mening dat ook de boulevardbladen een bijdrage kunnen leveren aan het maatschappelijk debat.⁴⁸

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens was het met dit oordeel niet eens. Hierbij overwoog het Hof dat prinses Caroline geen rol in het openbare leven vervult. Daarom kan zij niet worden beschouwd als absoluut persoon der tijdsgeschiedenis. Door haar te fotograferen tijdens het winkelen, wandelen en dergelijke wordt een inbreuk op haar privacy gemaakt.⁴⁹

1.3.3. Publicatie van vertrouwelijke documenten

De gebeurtenis:

Het Belgische parlement had in 1996 een parlementaire enquêtecommissie benoemd. Deze commissie moest onderzoeken hoe de politie en de rechterlijke macht het onderzoek Dutroux hebben behandeld. Bij een hoorzitting, waarbij een onderzoeksrechter moest verschijnen, vroeg de voorzitter van de commissie het dossier, dat ter voorbereiding was meegenomen door de onderzoeksrechter, aan hem te overhandigen. Dit dossier bevatte een aantal documenten, zoals persoonlijke aantekeningen e.d. die niet voor derden bestemd waren. Er was duidelijk niet op gerekend dat dit dossier overhandigd zou moeten worden.

Nadat het dossier aan de leden van de commissie was overhandigd waren deze verplicht dit ter plekke te raadplegen. Er mochten geen kopieën worden gemaakt.

Desondanks kwamen de vertrouwelijke documenten uit het dossier van de onderzoeksrechter en de parlementaire enquêtecommissie op straat te liggen en deze werden door het tijdschrift Ciné Télé Revue gepubliceerd. Hierna volgde een verbod tot verspreiding van het tijdschrift. Tenslotte kwam de zaak bij het EHRM en deze wees de door de redacteur en uitgever ingediende klacht af met het oordeel dat art. 10 EVRM niet geschonden was.

Het lijkt volgens het Hof geen twijfel dat het artikel verband houdt met een kwestie van algemeen belang die geleid heeft tot vele discussies. Het is nodig te onderzoeken of het artikel bijgedragen heeft aan de publieke discussie. Buiten twijfel staat dat de notities een bepaalde nieuwsgierigheid van het publiek konden bevredigen. Dat is echter volgens het Hof niet voldoende. Ter rechtvaardiging van de verspreiding moet de

⁴⁸ B Verf G, 15 december 1999, 101, 361. Caroline von Hannover.

⁴⁹ EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22. Caroline von Hannover vs Duitsland.

gepubliceerde informatie ook het essentiële bestanddeel van het algemeen belang bezitten. Het Hof bevestigde dat het bepalende element voor de bakens tussen het recht op privéleven en de vrijheid van meningsuiting gelegen is in de bijdrage (van het artikel) aan het debat in het algemeen belang.⁵⁰

Het betreffende artikel had als inhoud een kopie van de correspondentie van de rechter die duidelijk privé was. Een dergelijk geschrift kan volgens het Hof niet bijdragen aan een debat in het algemeen belang. De klagers, te weten de redacteur en de uitgever, waren niet in staat steekhoudende argumenten te geven voor deze publicatie. Het Hof oordeelde dat de door de Belgische hoven gegeven redenen voor veroordeling van de klagers relevant en voldoende waren. Tevens was naar het oordeel van het Hof de inmenging in de vrijheid van meningsuiting proportioneel.

1.3.4. Mosley versus UK

De vraag of betrokkenen recht hebben op voorinzage van publicaties waarin zij figureren, kwam aan de orde in de zaak Mosley vs UK. Mosley was in het Verenigd Koninkrijk opgekomen tegen publicatie door, het inmiddels opgeheven, Engelse tabloid “News of the World” van een filmpje, waarin Mosley is te zien terwijl hij seks heeft met een aantal dames van “lichte zeden”.

Het EHRM is van mening dat privacy-slachtoffers geen recht hebben op voorinzage.

Het hof wijst er op dat er in het Engelse rechtssysteem voldoende maatregelen zijn getroffen om de persoonlijke levenssfeer te beschermen. Bovendien dat het recht op voorinzage niet alleen gevolgen zal hebben voor dit soort zaken maar ook op serieuze onderzoekjournalistiek en politieke berichtgeving. Verder attendeert het EHRM erop dat *“any pre-notification requirement would only be as strong as the sanctions for failing to observe it.”*

Boetes of strafsancties kunnen strijdig zijn met de vrijheid van meningsuiting van artikel 10 EVRM, zeker nu het gaat om een vorm van censuur voorafgaand aan publicatie. Dit kan verlamdend werken op de politieke verslaggeving en

⁵⁰ EHRM, 9 november 2006, NJB 2007, 313. Leempoel vs België.

onderzoeksjournalistiek. Het EHRM concludeert dan ook dat ook artikel 8 EVRM geen inzagerecht vereist. Mosley's eis werd afgewezen.⁵¹

1.4. Conclusie hoofdstuk 1:

Censuur is conform art. 7 GW en art. 10 EVRM niet toegestaan doch de Hoge Raad heeft in het APV Tilburg arrest⁵² aangegeven dat er wel onderscheid dient te worden gemaakt tussen het openbaar maken en verspreiden van gedachten en gevoelens. De overheid heeft de bevoegdheid achteraf beperkingen op te leggen inzake de vrijheid van meningsuiting, dat wil zeggen, datgene wat bij wet in formele zin strafbaar is gesteld.

In het Handyside-arrest⁵³ geeft het Europees Hof aan dat het de vrijheid van meningsuiting beschouwt als een hoeksteen van de democratie. Die vrijheid houdt ook in dat de pers informatie mag overbrengen die de burgers schokt en in verwarring brengt wanneer het om zaken van publiek belang gaat. Burgers hebben er recht op daarvan kennis te nemen.

Het EHRM heeft inmiddels een bestendige jurisprudentie gevormd. Hieruit blijkt dat grote terughoudendheid moet worden betracht wanneer handhaving van nationale wetgeving welbeschouwd tot gevolg zal hebben dat de vrije nieuwsgaring wordt beperkt. Uit het Autronic-arrest⁵⁴ blijkt dat het moet gaan om een beperking die noodzakelijk is in een democratische samenleving.

Het instellen van strafvervolgning tegen een journalist wegens het schenden van een wettelijke gesanctioneerde geheimhoudingsplicht kan neerkomen op een ontoelaatbare inbreuk op de door art. 10 eerste lid EVRM beschermde persvrijheid zoals in het Telegraaf-arrest ook door de Hoge Raad is aangegeven⁵⁵.

Het EHRM heeft in de arresten Lopes Ostra en Gül⁵⁶ aangegeven dat de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer betrekking heeft op een doelmatige bescherming van de burgers. Wanneer een publicatie het algemeen belang dient is een veroordeling van het medium een ongeoorloofde beperking van de uitingsvrijheid.

⁵¹ EHRM 10 mei 2011, application no. 48009/08. Mosley vs. U.K.

⁵² HR 28 november 1950, NJ 1951, 137. APV Tilburg.

⁵³ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236. Handyside.

⁵⁴ EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740. Autronic.

⁵⁵ HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451. Telegraaf vs AIVD.

⁵⁶ EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506. Lopez Ostra. EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538. Gül.

Er valt geen ondubbelzinnig antwoord te geven op de vraag waar de grens ligt tussen de vrijheid van meningsuiting en het beschermen van het recht op privacy. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer is doorslaggevend indien er geen enkel publiek belang gediend is met de inmenging in het privéleven of als men de informatie ook op andere, de privacy niet schendende wijze had kunnen verkrijgen.⁵⁷

Uit de arresten von Hannover vs. Duitsland⁵⁸, Leempoel vs. België⁵⁹ en Mosley vs. UK⁶⁰ kan ik het volgende distilleren. Wanneer het gaat om de belangenafweging tussen de vrijheid van informatie en de rol die de pers in een democratische samenleving vervult aan de ene kant en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer aan de ander kant is volgens het EHRM doorslaggevend of de desbetreffende publicatie een bijdrage levert aan het publieke debat over zaken van publiek belang.⁶¹ Indien er geen rol in het openbare leven vervuld wordt, is het fotograferen van iemands dagelijkse bezigheden een inbreuk op de privacy.

Publicatie van privécorrespondentie kan niet bijdragen aan een debat in het algemeen belang. Er is geen recht op voorinzage, omdat dit een vorm van censuur is, die verlamdend kan werken op de politieke verslaggeving en onderzoeksjournalistiek.

⁵⁷ EHRM, 9 november 2006, NJB 2007, 313. Leempoel vs België.

⁵⁸ EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22. Caroline von Hannover vs Duitsland.

⁵⁹ EHRM, 9 november 2006, NJB 2007, 313. Leempoel vs België.

⁶⁰ EHRM 10 mei 2011, application no. 48009/08. Mosley vs. U.K.

⁶¹ EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22. Hannover vs. Duitsland.

Hoofdstuk 2:

Onrechtmatige publicatie ex art. 6:162 BW

2.1. Horizontale werking van grondrechten en art. 6:162 BW

Horizontale werking van grondrechten wordt gedefinieerd als de werking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen, dat wil zeggen de werking van grondrechten tussen de burgers onderling.⁶² Van een botsing van grondrechten is sprake wanneer iemand zich beroept op de bescherming van een grondrecht tegenover een grondrechtelijke aanspraak van een andere grondgerechtigde⁶³ zoals het recht op privacy ex art. 8 EVRM versus vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM. Geeft het recht op privacy de doorslag dan is de publicatie ex art. 6:162 BW onrechtmatig.

Uit art. 6:162 BW volgt een drietal criteria op grond waarvan een bepaalde schadeveroorzakende gedraging als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

1^e Een inbreuk op een recht;

2^e Een doen of nalaten in strijd met een wettelijke plicht;

3^e Een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Met een inbreuk op een recht wordt bedoeld de schending van een anders subjectief recht. Onder subjectieve rechten worden begrepen persoonlijkheidsrechten, bijvoorbeeld recht op lichamelijke integriteit, huisrecht en recht op eerbiediging van persoonlijke levenssfeer ex art. 8 EVRM. Omdat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen absoluut recht is moet dit belang telkens worden afgewogen tegen andere belangen die betrokken zijn bij openbaarmaking van informatie uit de persoonlijke levenssfeer. Bij deze afweging komt in beginsel geen voorrang toe aan het door art. 7 GW en art. 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Dit geldt ook voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten.⁶⁴

Indien iemand zich gedraagt in strijd met een wettelijk gebod of verbod, handelt hij in strijd met een wettelijke plicht. De beledigingsdelicten zijn nader omschreven in Titel XVI van het Wetboek van Strafrecht. Ook het doen van of nalaten in strijd hiermee kan

⁶² Akkermans e.a. 2005, p. 177.

⁶³ Van der Pot 2006, p. 295.

⁶⁴ HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274. Van Gasteren vs. Hemelrijk.

een inbreuk op een recht opleveren. Schending van een wettelijke plicht doet alleen een verplichting tot schadevergoeding ontstaan jegens een benadeelde wiens getroffen belang door de overschreden norm wordt beschermd.⁶⁵

Met een doen of nalaten, in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, worden betamelijkheids- of zorgvuldigheidsnormen bedoeld. Het houvast dat er bestaat bij de beantwoording van de vraag of bepaald gedrag als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd wanneer het gaat om gedragingen die in strijd zijn met een wettelijke norm of inbreuk maken op een subjectief recht, ontbreekt hier. Deze open norm kan echter uitkomst bieden voor specifieke situaties die niet zijn onder te brengen onder de eerste twee categorieën. Dit onrechtmatigheidscriterium is van groot belang voor de praktijk, zoals blijkt uit het navolgende arrest.⁶⁶

In een kort geding waarbij een Gemeenteraadslid aan een dagblad de door haar in de raadscommissie ingediende brief met bijlagen ter hand stelde waarin de financiële integriteit van een bestuurder van een kinderbeschermingsinstelling verdacht werd gemaakt stonden in beginsel twee hoogwaardige maatschappelijke belangen tegenover elkaar: aan de ene kant het belang dat individuele burgers niet door publicaties in de pers worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen, aan de andere kant het belang dat niet, door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek, misstanden die de samenleving raken kunnen blijven voortbestaan. Welke van deze belangen in een gegeven geval de doorslag behoort te geven hangt volgens de Hoge Raad af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden.

- 1^e. De aard van de gepubliceerde verdenkingen en de ernst van de te verwachten gevolgen voor degene op wie die verdenkingen betrekking hebben.*
- 2^e. De ernst, beschouwd vanuit het algemeen belang, van de misstand welke de publicatie aan de kaak beoogt te stellen.*
- 3^e. De mate waarin ten tijde van de publicatie de verdenkingen steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal.*
- 4^e. De inkleding van de verdenkingen, gezien in verhouding tot de onder 1 t/m 3 bedoelde factoren.*
- 5^e. De mate van waarschijnlijkheid dat, ook zonder de verweten publicatie via de pers, het algemeen belang en het nagestreefde doel langs andere, voor de wederpartij minder schadelijke wegen, met een redelijke kans op spoedig succes bereikt had kunnen worden.*

⁶⁵ Assers/Hartkamp (6IV), 2011, p. 42 e.v.

⁶⁶ HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801.

6^e. Een mogelijke beperking van het door de perspublicatie te veroorzaken nadeel voor degene die erdoor wordt getroffen, in verband met de kans dat het betreffende stuk, ook zonder de verweten terbeschikkingstelling aan de pers, in de publiciteit zou zijn gekomen.

De feitenrechter hoeft deze omstandigheden niet iedere keer in zijn overweging te betrekken. Welke feiten essentieel zijn hangt af van de zaak zelf⁶⁷.

2.1.1. Algemeen belang als rechtvaardigingsgrond

Wanneer er een rechtvaardigingsgrond, zoals het algemeen belang, van toepassing is ontnemt deze in een concreet geval het onrechtmatige karakter aan de daad⁶⁸ (art. 6:162 lid 2 BW), zoals blijkt uit het arrest *De vereniging Tegen Kwakzalverij vs. Sickesz*.

De Vereniging Tegen De Kwakzalverij wil het grote publiek waarschuwen voor wat zij als kwakzalverij beschouwt. Deze vereniging hanteert als definitie voor kwakzalverij een vijftal voorwaarden waaronder, dat het handelen van de betrokkene “niet gefundeerd is op toetsbare en voor die tijd logische dan wel empirisch houdbare hypothesen en theorieën” en dat “geen toetsing binnen de beroepsgroep op effectiviteit en veiligheid heeft plaatsgevonden”.

In het arrest *De Vereniging Tegen De Kwakzalverij versus Sickesz*, ging het om de vraag of het onrechtmatig is dat de Vereniging het woord “kwakzalverij” gebruikte.

Er werd een lijst gepubliceerd met namen van personen die zich volgens de vereniging met kwakzalverij bezig houden. De betekenis van het woord kwakzalverij werd toegelicht. Verder werd opgemerkt dat een betiteling als “kwakzalver” geen beschuldiging van kwade trouw of oplichting inhoudt.

De Hoge Raad is van mening dat de vereniging zich terecht beroept op de in art. 10 EVRM gewaarborgde vrijheid van meningsuiting.⁶⁹ Door de inhoud en context van hun publicaties laat zij geen onduidelijkheid bestaan wat zij daarmee bedoelt.

In het *Breekijzer*arrest⁷⁰ wees de Hoge Raad de aangevoerde rechtvaardigingsgrond af. De Hoge Raad stelt dat de werkwijze van Pieter Storms niet is gericht op het signaleren

⁶⁷ HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437. Herrenberg.

⁶⁸ Assers/Hartkamp (6IV), 2011, p. 42.

⁶⁹ HR 15 mei 2009, NJ 2009, 372. *De vereniging Tegen De Kwakzalverij vs Sickesz*.

⁷⁰ HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80. *Breekijzer*.

van misstanden of het voorlichten of waarschuwen van consumenten maar alleen de aantrekkelijkheid voor het grote publiek wil verhogen.

De casus:

Storms heeft op intimiderende wijze klager benaderd en heeft hem geconfronteerd met niet-geverifieerde verwijten, zonder hem op behoorlijke wijze gelegenheid te geven zijn visie op de zaak te geven en heeft zich in uiterst negatieve zin en op denigrerende wijze over hem en zijn bedrijf IPA uitgelaten, in welke werkwijze Storms bleef volharden, ook al was hij zich bewust, of behoorde hij zich bewust te zijn, van de onjuistheid van de gemaakte verwijten. Deze werkwijze is niet gericht op het signaleren van misstanden of het voorlichten of waarschuwen van consumenten, maar beoogt enkel de aantrekkelijkheid voor het grote publiek van het programma Breekijzer te verhogen.

Storms voerde aan dat de doelstelling van het programma is “hulp bieden aan individuen die bekneeld zijn geraakt in een radarwerk van instellingen”.

Het programma Breekijzer wijkt, volgens de Hoge Raad, zozeer af van de normen van zorgvuldige en maatschappelijke aanvaardbare journalistiek dat hiermee de privacy op een onaanvaardbare wijze wordt geschonden. De Hoge Raad is van mening dat er geen gronden zijn die een dergelijke handelswijze rechtvaardigen.

2.1.2. Feitelijke correctheid

Het uiten van ongegronde beschuldigingen is naar het oordeel van de Hoge Raad onrechtmatig. De grenzen van het recht op vrije meningsuiting worden overschreden indien iemand zonder voldoende feitelijke grondslag in het openbaar van corruptie wordt beschuldigd.⁷¹

De feiten:

De politieke partij Leefbaar Delft had op 3 juni 2005 een advertentie in de Delftse Post geplaatst waarin een voormalige wethouder werd beschuldigd van corruptie en in een kwaad daglicht werd gesteld.

De Hoge Raad oordeelt dat op deze voor de betrokkene te verwachten ernstige gevolgen, van Leefbaar Delft mocht worden verwacht dat zij een dergelijke beschuldiging alleen dan zou uiten indien haar verdenkingen voldoende steun vonden in het toen beschikbare feitenmateriaal.

⁷¹ HR 18 januari 2008, RvdW 2008, 108. Leefbaar Delft vs Baljé.

Dat het voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van een publicatie van belang kan zijn tot wie deze is gericht wordt geïllustreerd met het navolgende.

In het partijorgaan van de SP, genaamd SP Tribune, het welk voornamelijk wordt gelezen door leden van de SP, is een artikel verschenen waarin een directeur en aandeelhouder van een houdstermaatschappij ten tonele werd gevoerd met als prikkelende titel “de keizer van X. Een slimme ondernemer of schurk”.⁷²

De SP Tribune verschijnt in een maandelijksse oplage van 26.000 exemplaren. Daarvan gaan er \pm 25.000 naar de leden van de SP en \pm 1.000 naar anderen die zich op het blad hebben geabonneerd.

Het blad is niet in de losse verkoop verkrijgbaar. De in het artikel vermelde feiten zijn waar. De eiser vordert een verklaring van recht dat het voornoemde artikel onrechtmatig en beledigend is.

De Hoge Raad oordeelt dat indien de verdenkingen in redelijke mate steun vinden in het destijds beschikbare feitenmateriaal, er terecht een misstand aan de kaak wordt gesteld.

Bij een artikel in een orgaan van een politieke partij is bij voorbaat duidelijk dat “feitelijkheden daarin worden opgevat in een partijpolitieke zin” zodat enige relativisering op haar plaats is.

Onthulling van bijvoorbeeld een vermeende exorbitante afvloeiingsregeling van een topmanager die “zijn onderneming in de richting van de afgrond heeft gedreven” zal in sommige kringen als stuitend worden ervaren en in andere milieus slechts teleurstelling of lichte wrevel teweeg brengen. Wordt daarover in hatelijke zin geschreven dan zal de impact in eerst bedoelde kring beperkt kunnen zijn omdat men daarin toch al weinig op heeft met het huidige maatschappelijke stelsel. In laatstbedoelde milieus kan het ertoe leiden dat betrokkene “geïsoleerd” raakt. Daarom is zeker niet ondenkbaar dat de vraag of de onthulling, die niet perse juist hoeft te zijn, onrechtmatig is, in beide gevallen tot een andere uitkomst leidt.⁷³

Bij het uiten van beschuldigingen aan het adres van iemand mag worden verlangd dat de nodige zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Het is ook van belang of de uitlatingen zijn gedaan in het kader van een reeds langer lopende discussie. Tevens is relevant of er met betrekking tot waardeoordelen een voldoende feitelijke basis bestaat voor de betreffende publicatie omdat ook een waardeoordeel excessief en daarom onrechtmatig

⁷² De SP Tribune, 20 mei 1996.

⁷³ HR 11 juli 2003, JOL 2003, 386. SP Tribune.

kan zijn indien elke feitelijke basis daarover ontbreekt. De Deventer moordzaak is hiervan een goed voorbeeld.

De feiten:

De weduwe Wittenberg werd op 23 september 1999 in haar woning in Deventer vermoord. Enkele maanden later werd haar accountant, Ernest Louwes, gearresteerd. De rechtbank in Zwolle sprak hem vrij omdat de rechters niet wettig en overtuigend bewezen achtten dat Louwes de moord had gepleegd. In hoger beroep veroordeelde het gerechtshof in Arnhem Louwes alsnog wegens moord en hij kreeg een straf van 12 jaar. Hiertegen stelde Louwes beroep in cassatie in. Dit cassatie beroep werd verworpen.

Maurice de Hond heeft in een pamflet en op de website “oordeel zelf” bij herhaling gezegd dat de moord is gepleegd door Michaël de Jong, ook wel de klusjesman genoemd. Diens partner zou hem ondermeer een vals alibi hebben verschaft.

Zowel rechtbank als hof hebben de uitlatingen van de Hond onrechtmatig geacht.

Het ging hier om de vraag naar onrechtmatigheid van publieke uitlatingen waarmee wordt beoogd een vermoede misstand in de samenleving aan de kaak te stellen, maar die voor derden schadelijk zijn.

Van belang waren de aard en de ernst van de geuite verdachtmakingen, de gevolgen daarvan voor de beschuldigde, de publieke bekendheid van de Hond en de wijze waarop de beschuldigingen zijn gebracht. Ook is er rekening gehouden met de mogelijkheden die de Hond had om de verdenkingen anders dan via internet en andere media bij de bevoegde autoriteiten aan de orde te stellen. Bij de afweging van de belangen is doorslaggevend het belang van de Jong en zijn partner, dat zij niet door uitlatingen via onder meer de pers en internet worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen. Die uitlatingen worden ook niet gerechtvaardigd door de vrijheid van meningsuiting.⁷⁴

De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de Hond tegen de uitspraak van het hof. Aan Maurice de Hond is op straffe van een dwangsom verboden de Jong en diens partner in het openbaar in verband te brengen met de moord. De Hond is bovendien veroordeeld tot het betalen van een schadevergoeding.

⁷⁴ HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529. de Jong vs De Hond.

2.2. Meningsuiting versus privacy

In het Ferdi E. arrest ging het om de vraag hoe het belang van de heer Elsas bij eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer en zijn resocialisatie mag worden afgewogen tegen het belang van Panorama bij de vrijheid van meningsuiting.

Het geding betreft de publicatie in Panorama van een serie foto's van Paul Robert Ferdinand Elsas (beter bekend als Ferdi E.) die een jaar eerder tot een lange gevangenisstraf en TBS was veroordeeld wegens ontvoering en moord op Gerrit-Jan Heijn. Elsas had voor publicatie geen toestemming gegeven. Hij was van mening dat de uitgever van Panorama onrechtmatig had gehandeld door inbreuk te maken op zijn portretrecht en privacy.⁷⁵ De uitgever beriep zich op de uitingsvrijheid.⁷⁶

De Hoge Raad wees er op dat geen van deze grondrechtelijke belangen een absoluut gewicht hebben en er tussen deze vrijheden geen rangorde bestaat. De Hoge Raad vervolgt:

*“Ingeval in het kader van een perspublicatie en zonder daartoe strekkende opdracht van de geportretteerde vervaardigd portret buiten diens toestemming openbaar wordt gemaakt onder zodanige omstandigheden dat deze openbaarmaking een inbreuk vormt op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer het antwoord op de vraag of die openbaarmaking jegens hem onrechtmatig is, slechts worden gevonden door een afweging die met inachtneming van alle bijzonderheden van het gegeven geval ertoe strekt na te gaan welk van beide fundamentele rechten in dit geval zwaarder weegt”.*⁷⁷

In het arrest Het Parool/Van Gasteren woog het met rust gelaten worden van Van Gasteren zwaarder dan de vrijheid van informatie waarop het Parool zich beriep.⁷⁸

De feiten:

Op 24 mei 1943 heeft Van Gasteren de sinds 19 mei 1943 bij hem in Amsterdam ondergebrachte joodse onderduiker om het leven gebracht. Van Gasteren is op 15 juni 1944 veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar wegens doodslag en het onttrekken van het lijk aan nasporing. Op 17 januari 1946 is gratie verleend, dat wil zeggen dat het resterende deel van de straf werd kwijtgescholden. De toenmalige Minister van Justitie Kalfschoten schreef in een brief aan de Grote Advies Commissie der Illegaliteit dat er geen sprake was van rehabilitatie en dat het vonnis niet wordt aangetast. In het televisieprogramma “Het uur

⁷⁵ Art. 21 Aw.

⁷⁶ Art. 7 GW en art. 10 EVRM.

⁷⁷ HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473. Ferdi E.

⁷⁸ HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422. Het Parool vs Van Gasteren.

van de Wolf” blijft Van Gasteren beweren dat het hier een verzetsdaad betrof. Het slachtoffer leverde door zijn gedrag een groot gevaar op voor het verzet en Van Gasteren zou daarom gerehabiliteerd en in vrijheid gesteld zijn.

De journaliste Hemelrijk heeft naar aanleiding van deze uitzending op 2 november 1989 een Open Brief aan de Hoge Raad gestuurd alsmede aan een aantal landelijke dagbladen, de raadsman van Van Gasteren en deze op haar website geplaatst.

In deze open brief levert Hemelrijk kritiek op de uitkomst van het Parool arrest. Tevens levert zij kritiek op de voorstelling van zaken door Van Gasteren en beschuldigt hem van flagrante leugens.

De Hoge Raad oordeelde dat gezien de omstandigheden de open brief op te vatten is als een perspublicatie waarbij de vrijheid van meningsuiting geldt. De prikkelende en satirisch geschreven brief is te beschouwen als een column. In een column genieten waardeoordelen een grotere bescherming dan feitelijke beweringen. Hemelrijk heeft mede in het algemeen belang gehandeld, zodat het gerechtvaardigd is de open brief op één lijn te stellen met een perspublicatie.

Volgens de Hoge Raad kwam de brief de extra bescherming van een perspublicatie toe omdat Hemelrijk middels de brief beoogde een kwestie van publiek belang onder de aandacht van een breder publiek te brengen. Met het bevredigen van het rechtsgevoel en de emoties van de slachtoffers van de Jodenvervolging in de Tweede Wereldoorlog en hun nabestaanden is het algemeen belang gediend aldus de Hoge Raad.

Het is algemeen bekend dat het doel van een commerciële omroep is, zoveel mogelijk geld te verdienen. Dit kan door te voldoen aan de sensatiezucht van de kijker.

Het voorval:

In de zaak van Jacobus Dirk Hertogs, beter bekend als Koos H. tegen SBS Broadcasting BV en Endemol Nederland BV werd het heimelijk binnen smokkelen van opname apparatuur door een jeugdvriend van Koos, ene Nico van Empel, als onrechtmatig beoordeeld. De uitzending van deze opnamen waren volgens SBS c.s. gerechtvaardigd omdat de maatschappelijke belangen, de grote nieuws waarde en de ernstige misstanden die daarbij aan het licht kwamen, aan de orde zouden komen. De uitzendingen bevatten nieuws over een aantal onopgeloste misdrijven en de rol die een rechter heeft gespeeld. Ook de omstandigheden in de Tbs-kliniek, waarin veroordeelden over porno blijken te beschikken zouden aan de orde komen.

Tevens zou de uitzending van belang zijn voor de maatschappelijke discussie over proefverloven in het kader van Tbs en re-integratie van veroordeelden voor ernstige misdrijven in het algemeen. Niet alleen het publiek, maar ook de nabestaanden van de slachtoffers van de misdrijven van Koos Hertogs hebben volgens SBS c.s. een groot belang bij de openbaarmaking van deze gesprekken omdat de onthullingen die hij daarin heeft gedaan antwoord kunnen geven op tal van tot dusver onbeantwoorde vragen en omdat daaruit duidelijk zou blijken hoe gevaarlijk de heer Hertogs nog steeds is.

De rechtbank is van mening dat aannemelijk is dat de uit de gesprekken met de heer Hertogs verkregen informatie een bijdrage kan leveren aan het publiek debat en een nieuw licht werpen kan op de misdrijven waarvoor hij is veroordeeld alsmede de misstanden in de Tbs-kliniek. Daarnaast is aannemelijk dat de betrokken informatie niet op andere wijze dan via de heimelijke registratie van de vertrouwelijke gesprekken boven water had kunnen komen.

Volgens de rechtbank wegen de belangen van de heer Hertogs met betrekking tot bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer en bij verdere humane tenuitvoerlegging van zijn detentie in dit geval niet op tegen de belangen bij openbaarmaking van deze informatie ondanks de gehanteerde methode bij het vergaren daarvan. Dit betekent echter niet dat SBS geen grenzen in acht dient te nemen met het oog op de bescherming van de rechten van de heer Hertogs. Daarom mag SBS geen enkel onderdeel van de band- en beeldopnamen gemaakt in de kliniek uitzenden of anderszins openbaar maken. De heer Hertogs mocht verwachten, dat in de beslotenheid van de kliniek, die tevens zijn woon- en behandelomgeving is, hij tot op zekere hoogte in zijn privacy beschermd zou zijn. Onder deze omstandigheden is een dergelijke aantasting van zijn persoonlijke levenssfeer niet gerechtvaardigd.⁷⁹

Wanneer het gaat om een onderwerp als de behandeling van HIV patiënten, waarvan een deel met een verborgen camera was opgenomen, was er geen rechtvaardiging voor een zo vergaande maatregel als het verbod van uitzending omdat dit onderwerp zowel maatschappelijk als medisch in de belangstelling staat.⁸⁰ De rechter noemde dit niet een benadering met open vizier, maar hij liet in het midden of deze wijze van journalistiek, gelet op de beginselen van fair play, als onrechtmatig valt aan te merken. De rechter

⁷⁹ Rb Amsterdam 9 april 2010, NJF 2010, 195.

⁸⁰ Hof Amsterdam 21 december 1995, KG 1996, 51. Essäïdi vs Tros.

vond het bedenkelijk, maar lette vooral op hetgeen met deze journalistieke methode boven water is gebracht.

In het SBS televisieprogramma Undercover in Nederland, ging het over misleiding bij spermadonaties. De privacy van eiser was volgens de rechter voldoende beschermd omdat hij onherkenbaar was gemaakt.⁸¹

2.3. Conclusie hoofdstuk 2:

Onwaarheden en beschuldigingen zonder feitelijke grondslag zijn onrechtmatig, ex art. 6:162 BW. Dit geldt ook voor het politieke discours besliste de Hoge Raad in het arrest leefbaar Delft vs. Baljé.⁸² Een rechtvaardigingsgrond (art. 6:162 lid 2 BW) ontnemt het onrechtmatige karakter aan de publicatie, bijvoorbeeld indien de publicatie door een algemeen belang wordt gerechtvaardigd.

Bij publicaties is het van belang dat enerzijds individuele burgers niet worden blootgesteld aan lichtvaardige verdachtmakingen en dat anderzijds niet door gebrek aan bekendheid bij het grote publiek misstanden die de samenleving kunnen raken blijven voortbestaan. Daarom kan er een botsing ontstaan tussen het recht op privacy ex art. 8 EVRM versus de vrijheid van meningsuiting ex art. 10 EVRM, waarbij een publicatie, ex art. 6:162 BW als onrechtmatig kan worden aangemerkt.

Welk belang de doorslag geeft, hangt af van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden, zo volgt o.a. uit het Herrenberg arrest.⁸³ Uit het arrest van Gasteren versus Hemelrijk⁸⁴ blijkt dat de rechter in zijn belangenafweging rekening houdt met de mate waarin de verdenkingen steun vonden in het feitenmateriaal dat ten tijde van de publicatie beschikbaar was. Tevens hoe de situatie was op het moment dat de betreffende mededeling werd gedaan.

Welke rechtsvorderingen een benadeelde heeft wanneer een publicatie als onrechtmatig wordt beoordeeld zal in hoofdstuk 3 worden aangegeven.

⁸¹ Rb Amsterdam 18 oktober 2011, LJN BT8389.

⁸² HR 18 januari 2008, RvdW 2008, 108. Leefbaar Delft vs Baljé.

⁸³ HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437. Herrenberg.

⁸⁴ HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274. Van Gasteren vs. Hemelrijk.

HOOFDSTUK 3:

Rechtsvorderingen in geval van onrechtmatige publicaties

Een benadeelde kan bij een onrechtmatige publicatie vergoeding van schade⁸⁵, rectificatie⁸⁶, een publicatieverbod⁸⁷, verbod op herhaling⁸⁸, verklaring van recht⁸⁹, en winstafracht eisen.⁹⁰

3.1. Schade

3.1.1. Immateriële schadevergoeding

De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat in vermogensschade en ander nadeel, voor zover de wet op vergoeding hiervan recht geeft.⁹¹ Niet vermogensschade komt volgens art. 6:106 lid 1 BW voor vergoeding in aanmerking wanneer de benadeelde in zijn eer en goede naam is geschaad.

Indien een slachtoffer schadevergoeding eist moet hij de werkelijke schade aantonen. De hoogte van een eventuele immateriële schadeclaim moet onderbouwd en aannemelijk zijn. Aan de rechter komt een grote vrijheid toe bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding.⁹² Het EHRM ziet het opleggen van een overdreven hoge schadevergoeding voor een onrechtmatige publicatie als een beperking van de uitingsvrijheid en acht het niet noodzakelijk in een democratische samenleving. Een bedrag van £ 1,5 miljoen Britse ponden met als doel bescherming van de reputatie en de rechten van het slachtoffer achtte het Hof disproportioneel.⁹³

⁸⁵ Art. 6:106 BW.

⁸⁶ Art. 6:167 BW.

⁸⁷ HR 21 december 2001, NJ 2002, 217. Vereniging juristen voor vrede.

⁸⁸ HR 2 mei 2003, NJ 204, 80. Breekijzer.

⁸⁹ Art. 3:302 BW.

⁹⁰ Art. 6:104 BW.

⁹¹ Assers/Hartkamp (6II), 2009, p. 18.

⁹² Assers/Hartkamp (6II), 2009, p. 118.

⁹³ EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 554. Miloslavsky.

De rechter bepaalt de hoogte van de schadevergoeding aan de hand van de omstandigheden van het geval, vaak zonder aan te geven hoe zwaar iedere omstandigheid weegt.⁹⁴

In de zaak Paul de Leeuw tegen Sonoma Uitgevers BV werd door de Leeuw een bedrag van € 45.000,- immateriële schadevergoeding geëist wegens het fotograferen en publiceren van foto's van de Leeuw en zijn zoon. De foto's die op zichzelf onschuldig zijn, werden gemaakt door het woonkamerraam van de Leeuw. Een bekende Nederlander als de Leeuw heeft er recht op zich in zijn eigen huis vrij en onbespied te wanen. Een veroordeling tot een aanzienlijke schadevergoeding zal Sonoma er van weerhouden dergelijke inbreuken op de persoonlijke levenssfeer te maken, aldus de Leeuw. Hij stelt schade te hebben geleden als gevolg van angst, verdriet en irritatie. Het Nederlandse rechtstelsel kent alleen een schadevergoedingsplicht ten aanzien van daadwerkelijk geleden (immateriële) schade, aldus de rechtbank.

De rechtbank acht daarvoor een bedrag van € 5.000,- in overeenstemming met de wettelijke maatstaven en houdt daarbij rekening met de omstandigheid dat de foto's slechts eenmaal zijn gepubliceerd en op zich onschuldig te noemen zijn.⁹⁵

Wanneer er sprake is van heimelijke geluidsopnames en afluisterpraktijken kan de gedupeerde via het strafrecht conform art. 139b WvSr aangifte doen. In de zaak Albert Verlinde vs. BNN werd BNN veroordeeld tot een geldboete van € 2.500,- en tot betaling aan het slachtoffer een bedrag van € 750,- immateriële schadevergoeding.⁹⁶

Dat ook een curator immateriële schade kan lijden blijkt uit een procedure tussen Mr. W. Aerts en de Stichting Onderzoek Bedrijfs Informatie, SOBI. SOBI heeft de curator tegenover journalisten van Het Algemeen Dagblad, De Gelderlander, De Telegraaf en Panorama beschuldigd van o.a. "het lekker leeg procederen van een failliet gegaan bedrijf waarvan hij op dubieuze gronden curator was geworden"⁹⁷. Hij zou een groot aantal onnodige procedures ten koste van de faillissementboedel hebben gevoerd.

Volgens de rechtbank is er onrechtmatig gehandeld jegens Mr. Aerts. De beschuldigingen zijn op geen enkele manier hard gemaakt. Mr. Aerts vordert o.a. dat

⁹⁴ HR 27 april 2001, NJ 2002, 91. B vs. C.

⁹⁵ Rb Amsterdam 7 mei 2003, NJ 2004, 66.

⁹⁶ Rb 's-Hertogenbosch 20 september 2011, LJN BT1882. Albert Verlinde vs BNN.

⁹⁷ Rb. Amsterdam, 15-09-2004, JOR 2004, 340.

voor recht zal worden verklaard dat de Belangenvereniging en SOBI worden veroordeeld tot € 25.000,-.

De rechtbank stelde vergoeding voor immateriële schade vast op € 5.000,- ten laste van SOBI en € 1.500,- ten laste van de Belangen Vereniging.

In de zaak Maurice de Hond tegen Michaël Cornelis de Jong en zijn partner Wittemans oordeelde de rechtbank dat de verdachtmakingen van buitengewoon ernstige aard waren en gedaan zijn door de Hond, die publiekelijke bekendheid geniet en een landelijke reputatie heeft van betrouwbaarheid. Hierdoor is het geenszins denkbeeldig dat door derden aan zijn uitlatingen meer waarde zal worden toegekend dan aan uitlatingen van een willekeurig ander persoon zonder deze vermaardheid.

Aan de Jong en Wittemans werd een bedrag van € 25.000,- respectievelijk € 10.000,- uitgekeerd wegens het beschuldigen in diverse media waaronder zijn eigen website, van moord, dan wel doodslag op Mevrouw Wittenberg.⁹⁸

3.1.2. Materiële schadevergoeding

Bij materiële schade gaat het om inkomensschade die is of wordt geleden als gevolg van schending van de reputatie.⁹⁹ Vermogensschade omvat zowel het verlies dat de benadeelde heeft geleden als de winst die hij heeft gederfd.¹⁰⁰ Door ten onrechte geuite verdenkingen of beschuldigingen kan materiële schade worden geleden wegens het feit dat men hierdoor in zijn carrière wordt geschaad of zakelijke relaties verliest. Omzetsdaling kan ook het gevolg zijn indien een bedrijf ten onrechte in opspraak is gebracht. Het is allesbehalve eenvoudig een dergelijke schadevergoeding toegewezen te krijgen. Indien uit de feiten vaststaat dat er schade is geleden kan de rechter eventueel de omvang schatten.¹⁰¹ In het geval waarin iemands foto ten onrechte werd getoond in het programma “Opsporing Verzocht”, werd de materiële schade vastgesteld op € 546,- hoewel de verzoeker om € 1.000,- had gevraagd. Dit bedrag kon hij echter niet onderbouwen.¹⁰²

⁹⁸ HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529.

⁹⁹ Zie o.a. Gerechtshof Amsterdam 30 november 2010, LJN: BO5417, Rb Rotterdam 25 juni 2010, LJN BM9349.

¹⁰⁰ Assers/Hartkamp (6II) 2009, p. 19.

¹⁰¹ Grosheide 2007, p. 375.

¹⁰² AB 2006, 157, 13 februari 2006, nr. 2006/049.

In het arrest *De Hond versus De Jong en Wittemans* is een bedrag van € 5.000,- toegekend omdat volgens het Hof Wittemans weliswaar haar baan niet is kwijtgeraakt als gevolg van de gedragingen van De Hond, maar dat De Jong c.s. zonder de onrechtmatige uitlatingen van De Hond meer kans zou hebben gehad op werk.¹⁰³

3.2. Rectificatie en verklaring van recht

De mogelijkheid tot rectificatie is vastgelegd in art. 6:167 BW. Het gaat dan om een rechtzetting van “een onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie met betrekking tot gegevens van feitelijke aard”. Op grond van art. 6:103 BW kan de rechter ook andere vormen van rectificaties opleggen. Dit kan bijvoorbeeld een verklaring zijn indien een publicatie beledigend is dan wel een onrechtmatige aantasting van iemands persoonlijke levenssfeer.

Het doel van een rectificatie is de smet die bijvoorbeeld op de reputatie van het slachtoffer is geworpen, zoveel mogelijk te herstellen.¹⁰⁴ Overigens is dit niet beperkt tot publicaties in de pers. Dit geldt voor iedere openbaarmaking van een onjuiste of misleidende mededeling bijvoorbeeld in boekvorm, direct mail, aanplakbiljetten, etc.¹⁰⁵ Een rectificatie lijkt een effectieve manier om een schadelijke publicatie recht te zetten en verdere schade te beperken. Wanneer de rectificatie snel volgt op de oorspronkelijke bewering kan de schade nog enigszins worden hersteld omdat bij de buitenwacht de kwestie nog vers in het geheugen ligt.

Echter, een schending van de persoonlijke levenssfeer kan niet worden gerectificeerd omdat een verklaring over een bepaalde kwestie waarover niet had mogen worden geschreven, de bekendmaking niet ongedaan maakt. Dit is ook het geval indien een reputatie wordt geschonden, waarbij bij rectificatie de oorspronkelijke bewering weer wordt opgerakeld. Het is niet ondenkbaar dat de schade hierdoor wordt vergroot. Diegenen die nog geen kennis van het oorspronkelijke bericht hadden genomen, zijn mogelijk wel op de hoogte van de rectificatie. Bij dit deel van de buitenwacht wordt de foutieve aanname niet weggenomen.¹⁰⁶

¹⁰³ Gerechtshof Amsterdam, 7 april 2009, LJN BI0274.

¹⁰⁴ HR 23 februari 2007, LJN AZ 3085.

¹⁰⁵ Bulk 1998, p. 126.

¹⁰⁶ Harinxma thoe Slooten, 2003, p. 1991 e.v.

“Het is met een krant, die de normale fatsoensregelen niet wenst te respecteren, kwaad kersen eten geworden, omdat door de moderne typografie en schrijfrant de indruk die een aantijging maakt, dieper is geworden en de kring, die met een aantijging wordt bereikt, groter”, aldus een rapport van de Dr. Wiarda Beckman Stichting uit 1956.¹⁰⁷

Het is erg moeilijk om schadelijke uitingen op het internet tegen te gaan, zowel strafrechtelijk als privaatrechtelijk.¹⁰⁸ Hoewel een *hosting provider* een faciliterende rol vervult bij de verspreiding van informatie op internet, is zijn rol niet gelijkwaardig en kan niet worden vergeleken met die welke de pers in een democratische samenleving vervult.¹⁰⁹ Niettemin is het heel goed mogelijk een rectificatie te verkrijgen door publicatie van een vonnis via alle bekende zoekmachines.¹¹⁰ Een verbod op onrechtmatige uitlatingen en verwijdering van de site kan ook worden verkregen.¹¹¹

Behalve de mogelijkheid tot rectificatie heeft de benadeelde conform art. 3:302 BW de mogelijkheid voor recht te laten verklaren dat de openbaarmaking onrechtmatig is. Ook zonder schadevergoeding te vragen kan het slachtoffer een verklaring voor recht vragen op voorwaarde dat hij daarbij voldoende belang heeft.¹¹² De verklaring voor recht geeft een zeker eerherstel. Niet in het minst doordat het voor het slachtoffer bevredigend kan zijn dat de rechter van oordeel is dat het medium ten onrechte iets heeft gepubliceerd. Ook een strafrechtelijk veroordeelde persoon heeft in beginsel recht op bescherming van zijn eer en goede naam.

De benadeelde kan door het instellen van de vordering laten merken dat niet alles wordt getolereerd. Dit bleek uit de procedure die Volkert van de Graaf (de moordenaar van Pim Fortuyn) aanspande tegen De Telegraaf. De Telegraaf beweerde dat de moordenaar van Pim Fortuyn ook betrokken was bij een andere moord. Deze bewering werd door de rechtbank Amsterdam onrechtmatig bevonden.¹¹³

¹⁰⁷ Bulk 1998, p. 187.

¹⁰⁸ Grosheide 2007, p. 208.

¹⁰⁹ HR 25 november 2005, NJ 2009, 550. Lycos Netherlands vs. Pessers.

¹¹⁰ Rb. 's-Hertogenbosch 8 oktober 2007, LJN BC1859. Fortuyn vs. Telegraaf.

¹¹¹ Rb Amsterdam 11 september 2009, LJN BK1859. X vs. GS Media BV.

¹¹² Rb Amsterdam 2 februari 2005, NFJ 2005, 157. Staat vs. Kijkshop. (Balkenende).

¹¹³ Rb Amsterdam 4 juni 2008, LJN BD3057. De Graaf vs. Telegraaf.

3.3. Publicatieverbod ex art. 3:296 BW

Een verbod kan niet alleen worden gevraagd indien een onrechtmatige daad is gepleegd maar ook indien een onrechtmatige daad zich dreigt te voltrekken.¹¹⁴ Wil een vordering tot een publicatieverbod slagen, dan moet reeds bij voorbaat buiten twijfel staan dat de publicatie een onrechtmatige daad jegens eisers zal opleveren.¹¹⁵ Daartoe is vereist “dat er een concreet belang bestaat, in die zin dat er een reële dreiging is dat de handelingen die de eiser verboden wil zien, zullen worden verricht”.¹¹⁶ Doorgaans is de benadeelde niet op de hoogte dat er een publicatie plaats vindt, daardoor komt hij er niet aan toe een verbodsvordering in te stellen. Een verbod op een voorgenomen publicatie is niet in strijd met art. 7 GW. Volgens de Hoge Raad bestaat er mede in het licht van art. 3:296 BW geen grond aan te nemen dat het in art. 7 GW neergelegde verbod van censuur, dat wil zeggen, het voorafgaand overheidstoezicht op een voorgenomen uiting, in de weg zou staan aan de bevoegdheid van de rechter, met het oog op een effectieve rechtsbescherming, een uiting die jegens een ander onrechtmatig is, te verbieden.¹¹⁷

De benadeelde kan een verbod tot publicatie vorderen, bijvoorbeeld wanneer iemand het slachtoffer dreigt te worden door middel van een verborgen camera opgenomen “onthullingen” of de zogenoemde “overval journalistiek”.

In het “Stormsarrest” werd een verbod op een televisie-uitzending geëist omdat Storms, Niessen confronteerde met niet-geverifieerde verwijten zonder hem op behoorlijke wijze gelegenheid te geven zijn visie op de zaak te geven en zich in uiterst negatieve zin en op denigrerende wijze over hem had uitgelaten. De Hoge Raad handhaafde het arrest van het Hof, dat Storms jegens Niessen onrechtmatig zou handelen door de gewraakte opnamen uit te zenden.

Ook in de zaak van de pedofiele zeilschoolhouder, Sebastiaan Reuijl, eigenaar van zeilschool Optimax te Hoogmade/Sassenheim tegen Peter de Vries verbood het Hof iedere openbaarmaking en verveelvoudiging van beeld en geluidsopnamen voor zover de naam van de zeilschoolhouder herkenbaar in beeld en geluid werd weergegeven. De Vries c.s. verbeurde een dwangsom van € 50.000,- tot een maximum van € 1.000.000,-.

¹¹⁴ Assers/Hartkamp (6IV) 2011, p. 146.

¹¹⁵ Rb. Zutphen 17 maart 2003, KG 2003/89.

¹¹⁶ HR 21 december 2001, NJ 2002, 217. Juristen voor de vrede.

¹¹⁷ HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80. Storms vs Niessen.

Het is zeer de vraag of het slachtoffer hier iets aan heeft gehad omdat een en ander al in geuren en kleuren in de Telegraaf was vermeld.¹¹⁸

In de al eerder genoemde procedure Baljé tegen Politieke vereniging “Leefbaar Delft” werd Leefbaar Delft verboden in het openbaar, dat wil zeggen, in ieder geval, doch niet uitsluitend via de website van Leefbaar Delft, advertenties in media, nieuwsuitzendingen, internet, radio, het verspreiden van pamfletten, of hoegenaamd ook, te beschuldigen van corruptie, corruptiepraktijken, of de suggestie te wekken dat Baljé corrupt is (geweest) zulks op straffe van een dwangsom van € 5.000,- per dag. Indien Leefbaar Delft in strijd met dit verbod handelt loopt dit bedrag op tot een maximum van € 100.000,-.¹¹⁹ Desalniettemin, het kwaad is al geschied. De doorsnee lezer denkt al snel “waar rook is, is vuur”. Voor Leefbaar Delft was dit vonnis kennelijk afdoende.

Op 9 april 2010 legt de rechter een beperkt uitzendverbod op aan SBS (Peter de Vries). De voorzieningenrechter van de Amsterdamse rechtbank had bepaald dat de met een verborgen camera de in een Tbs-kliniek gemaakte opname van en over Koos Hertogs, door SBS, niet mocht worden uitgezonden. Voor iedere overtreding zou SBS € 15.000,- als dwangsom verbeuren.¹²⁰ De Vries lapte het vonnis “aan zijn laars”.

Het Dagblad van het Noorden publiceerde een artikel op 12 april 2010 waarbij Ruud de Langen van mediabureau Midshare Nederland werd geciteerd. Dit bureau houdt zich o.a. bezig met het verkopen van advertenties. Het programma scoorde met 1.886.000 kijkers bijna 500.000 kijkers meer dan bij de eerste uitzending. Hierdoor haalde SBS meer dan € 100.000,- extra aan reclamegeld binnen. Trek daar de boete van af en er blijft een zeer gezonde winst over was de conclusie van Ruud de Langen.

In Trouw verscheen op 13 april 2010 een artikel met als kop “De Vries maakte zakelijke keuze”. Dat De Vries € 15.000,- moet betalen vat hij op als de prijs voor het negeren van de rechtelijke uitspraak. Hij had het gevoel dat de rechter hem de keus liet, door de hoogte beperkt te houden: “Als de rechtbank het echt niet had gewild, had ze een miljoen moeten opleggen. Zoveel is het haar kennelijk niet waard.” Omdat de aflevering

¹¹⁸ Hof Amsterdam 31 oktober 2007, LJN BB86850.

¹¹⁹ HR 18 januari 2008, RvdW 2008, 108. Leefbaar Delft vs Baljé.

¹²⁰ Rb Amsterdam 9 april 2010, LJN BM 0564.

van 11 april het tweede in een drieluik was, zou op 18 april het derde deel worden uitgezonden. “We zien de advocaten wel verschijnen”: zei De Vries.¹²¹

Zoals De Vries al veronderstelde spande Hertogs een nieuw kort geding aan. Hiermee wilde hij de uitzending van 18 april voorkomen. De rechtbank verbood uitzending. In zijn beoordeling geeft de rechtbank aan dat bij het bepalen van de dwangsom de rechtbank er tot voor kort altijd vanuit is gegaan dat de veroordeelde media vonnissen nakomen. De dwangsom werd dan ook meer beschouwd als een onderstreping van de veroordeling dan als een prikkel tot nakoming. De rechter constateerde dat inmiddels is gebleken dat er bij deze gedaagden niet zonder meer vanuit kan worden gegaan dat de veroordeling wordt nagekomen. Daarom dient er een zware prikkel aan de veroordeling te worden verbonden. De dwangsom bedraagt € 500.000,- voor iedere keer dat het beeld- en geluidsmateriaal of een deel ervan wordt uitgezonden of openbaar gemaakt.¹²² De Vries achtte het “maatschappelijk belang” kennelijk niet zo groot meer en schrapte de uitzending van 18 april 2010. Het bleek toch voornamelijk eigenbelang te zijn.

3.4. Winstafdracht

3.4.1. Vereisten voor winstafdracht ex art. 6:104 BW

Artikel 6:104 BW bepaalt: “Indien iemand die op grond van onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis jegens een ander aansprakelijk is, door die daad of tekortkoming winst heeft genoten, kan de rechter op vordering van die ander de schade begroten op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan.”

De achtergrond van dit artikel is dat het onredelijk wordt geacht om ongeoorloofd ten koste van een ander verkregen winst aan de verkrijger te laten. De ander heeft vermoedelijk wel schade geleden, maar deze is naar haar aard niet goed bewijsbaar.¹²³

Enige schade moet aannemelijk zijn; concreet nadeel hoeft niet te worden aangetoond.¹²⁴ Het artikel vormt derhalve een uitwerking van de algemene regel van art. 6:97 BW. Deze wijze van begroting komt neer op een vorm van abstracte

¹²¹ Trouw, 13 april 2010. De verdieping.

¹²² Rb Amsterdam 16 april 2010, LJN BM1482.

¹²³ Antwoorden II, Parl. Gesch. InvW 6, p. 1269. Zie ook HR 16 juni 2006, NJ 2006, 585. Trésor.

¹²⁴ HR 24 december 1993, NJ 1995, 421. Waeyen vs Naus.

schadeberekening, zodat nadeel niet door de eiser behoeft te worden aangetoond. De rechter heeft een discretionaire bevoegdheid. De rechter hoeft geen gebruik te maken van zijn bevoegdheid indien het begroten van de schade op het bedrag van de genoten winst hem niet redelijk voorkomt.¹²⁵

Art. 6:104 BW kan alleen worden toegepast wanneer aansprakelijkheid bestaat op grond van een onrechtmatige daad of een tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst, niet bij andere aansprakelijkheidsgronden.¹²⁶

Indien in het geheel geen schade is geleden, is de weg naar toepassing van art. 6:104 BW afgesneden. Derhalve kan de rechter niet tot toepassing van art. 6:104 overgaan, indien de aangesprokene bewijst dat door de gedragingen waarvoor hij aansprakelijk gesteld wordt, geen schade ontstaan kan zijn. De bewijslast van het causaal verband tussen de schade en de verboden gedraging wordt op de gelaedeerde gelegd aldus de Hoge Raad in het arrest *Waeyen Scheers vs Naus*.¹²⁷

De Hoge Raad heeft recent, in de arresten *Setel* en *St. Ymere*, aan het begrip winst ex art. 6:104 BW een ruime betekenis gegeven. Als winst kan ook worden aangemerkt beperking van geleden verlies.¹²⁸

Het arrest Stichting Ymere versus Doerga.

Woningcorporatie Ymere verhuurt een woning aan een particulier Doerga. Tussen partijen is overeengekomen dat onderhuur verboden is. Desondanks verhuurt Doerga de woning onder aan derden en behaalt daarmee een maandelijks voordeel van € 345,- gedurende 40 maanden in totaal € 13.800,-.

De kantonrechter was van oordeel dat de in art. 6:104 BW neergelegde mogelijkheid van schadebegroting zich niet leent voor toepassing in dit geval. Op het moment dat de huurder niet zelf meer in het pand woonde had de verhuurder de huur moeten opzeggen. Dan had de verhuurder het pand aan een ander kunnen verhuren. Het verschil tussen de werkelijk ontvangen huur en de huursom die de verhuurder had kunnen vragen is de door de verhuurder geleden schade t.w. € 5.697,60. In hoger beroep heeft het hof de gevorderde schadevergoeding alsnog toegewezen, en daartoe als volgt overwogen.

¹²⁵ MvA II, Parl.Gesch.Inv.W. 6, p. 1267.

¹²⁶ MvA II, Parl. Gesch. Inv. Boek 6 p. 1266/7.

¹²⁷ HR 24 december 1993, NJ 1995, 421. *Waeyen vs Naus*.

¹²⁸ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. *St. Ymere vs Doerga*. HR 18 juni 2010, LJN BL9662. *Setel vs. CT*.

Nu [eiseres] geen grieven heeft gericht tegen de overweging van de kantonrechter dat Ymere aannemelijk heeft gemaakt dat zij schade lijdt door illegale onderverhuur in het algemeen en dat zij schade heeft geleden door de onderhavige onderverhuur in het bijzonder, kan ook in hoger beroep hiervan worden uitgegaan. Ook kan als vaststaand worden aangenomen dat [eiseres], die uit haar niet toegestane onderverhuur een beduidend hoger bedrag ontving dan hetgeen zij als huur aan Ymere verschuldigd was, door haar wanprestatie winst heeft genoten. Hiermee is in beginsel voldaan aan de vereisten die aan een schadebegroting op de voet van art. 6:104 BW worden gesteld.

In cassatie speelt alleen de vordering tot schadevergoeding.

3.4.2. Schadevergoeding en verwijtbaarheid

Het cassatiemiddel stelt dat de schadevergoeding ex art. 6:104 BW in reële verhouding moet staan tot de daadwerkelijk geleden schade.¹²⁹ De Hoge Raad verwerpt dit cassatieberoep.

In r.o. 3.6 overweegt de Hoge Raad dat de rechter bij toepassing van art. 6:104 BW terughoudendheid in acht behoort te nemen, in zoverre dat

"indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Mede gelet op het niet-punitieve karakter van de voorziening gelden voor toewijzing van een vordering tot winstafdracht op de voet van art. 6:104 niet meer of andere vereisten dan ingevolge art. 6:162 of 6:74 BW voor toewijzing van schadevergoeding in het algemeen. Dat brengt onder meer mee dat het schadetoebrengende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 lid 3 BW onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat handelen en de schade naast condicio sine qua non-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. (Dat wil zeggen welke gevolgen nog aan de aansprakelijke persoon als een gevolg van de schadeveroorzakende gebeurtenis kunnen worden toegerekend)¹³⁰ In het bijzonder is voor toepassing van art. 6:104 BW niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104 BW, en

¹²⁹ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga.

¹³⁰ Oosterveen 2009 (T&C BW), art. 98. Boek 6, aant. 1.

zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen."

En voorts dat het:

niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond; voldoende is dat de aanwezigheid van enige vorm van schade aannemelijk is.

Tevens overweegt de Hoge Raad in r.o. 3.7:

onjuist is de opvatting dat de in art. 6:104 BW bedoelde winst betrekking moet hebben op winst die de benadeelde zelf had kunnen realiseren. Deze bepaling behelst immers, ook in een geval als het onderhavige waarin het gaat om het 'onbevoegd uitbaten van een zaak door een houder', een begroting van de schade van de benadeelde die mede kan bestaan in ander nadeel dan de gederfde winst.

Voorts kan in zijn algemeenheid niet de eis gesteld worden dat de ingevolge art. 6:104 BW op te leggen schadevergoeding in een reële verhouding staat tot de daadwerkelijke schade. Deze bepaling leent zich immers juist voor toepassing in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is, gelijk ook het Hof in dit geval (in cassatie onbestreden) heeft geoordeeld dat de door de contractueel verboden onderverhuur aan Ymere toegebrachte schade naar zijn aard niet in concreto is vast te stellen, evenmin als de mate waarin Doerga aan het ontstaan van die schade heeft bijgedragen. Dit neemt overigens niet weg dat de rechter bij de toepassing van art. 6:104 BW vanwege het niet-punitieve karakter daarvan in zoverre terughoudendheid in acht behoort te nemen dat, indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de rechter de schade in beginsel begroot op een door hem te bepalen gedeelte van de winst.

Hieruit kunnen we concluderen dat de rechter geen onbeperkte vrijheid heeft.

Het arrest Setel vs AVR:

In het Setel/AVR-arrest¹³¹ gaat het om het volgende. Setel en Curaçao Telecom (CT) zijn concessiehouders voor telecommunicatie. CT, een dochter van AVR, exploiteert een net voor mobiele telefonie. Setel exploiteert een net voor vaste en mobiele telefonie. Op grond van de concessie zijn Setel en CT over en weer verplicht een inter-connectie tussen hun netten te verlenen, zodat communicatie tussen die netten mogelijk is. In 1999 heeft de betreffende minister bepaald dat Setel aan CT een inter-connectie vergoeding van 36 cent per minuut moet betalen voor gesprekken die op haar vaste of haar mobiele

¹³¹ HR 18 juni 2010, LJN BL9662. Setel vs. CT.

netwerk beginnen en op het netwerk van CT eindigen. Omgekeerd moet CT een vergoeding van 15 cent per minuut aan Setel betalen. Setel heeft CT medegedeeld de door CT aan haar te betalen vergoeding met ingang van 2002 te verhogen met 21 cent per minuut. CT heeft Setel gesommeerd af te zien van deze naar haar mening onrechtmatige tariefdifferentiatie en Setel aansprakelijk gesteld voor de door haar te lijden schade. Setel heeft niet afgezien van haar voornemen. Begin 2002 heeft de minister bij beschikkingen besloten dat Setel gehouden is de oude tarifiering te handhaven. CT heeft Setel in kort geding betrokken. Het cassatiemiddel komt op tegen de begroting van de door CT geleden schade op de voet van artikel 6:104 BWNA en de wijze waarop het hof toepassing aan dat artikel heeft gegeven.

De Hoge Raad constateert eerst dat artikel 6:104 BWNA gelijkkluidend is aan artikel 6:104 BW en beslist overeenkomstig de r.o. 3.7 in het arrest *St. Ymere vs. Doerga*.

"Onder 'winst' in de zin van art. 6:104 dient te worden verstaan: ieder financieel voordeel dat de schuldenaar door zijn onrechtmatig handelen of tekortkoming heeft genoten. Een beperktere opvatting zou zonder goede grond tot gevolg kunnen hebben dat de bepaling niet zou kunnen worden toegepast, in het bijzonder indien de onderneming van de schuldenaar niet winstgevend is. Voor de begroting van de winst in bovenvermelde zin moet worden uitgegaan van het netto-voordeel, dat wil zeggen het voordeel dat resulteert na aftrek van de kosten en lasten die aan het verkrijgen daarvan verbonden zijn geweest. Evenals dat het geval is met de eerder vermelde winstafdracht op de voet van art. 2:21 lid 4 BVIE, gaat het daarbij in elk geval om de kosten en lasten - belastingen daaronder begrepen - die rechtstreeks samenhangen met het door het onrechtmatig handelen van de schuldenaar behaalde voordeel. Of in een concreet geval aanleiding bestaat om voor de bepaling van de winst ook andere - indirecte - kosten in aftrek te brengen, zoals de algemene kosten van de onderneming, is ter beoordeling van de rechter die de schade vaststelt, die daarbij alle omstandigheden van het geval in aanmerking kan nemen, waaronder de mate van verwijtbaarheid."

Naar aanleiding van deze arresten kan geconcludeerd worden dat artikel 6:104 BW een vorm van schadebegroting behelst. Volgens de Hoge Raad is voor de toepassing van artikel 6:104 BW niet vereist dat er een verband bestaat tussen de te begroten winst en de omvang van de schade van de benadeelde. De bedoelde winst behoeft dan ook niet

ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt. Daarnaast is onjuist dat beperking van geleden verlies niet als winst in de zin van artikel 6:104 BW kan worden aangemerkt.¹³² Art. 6:98 BW geeft voor alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding de maatstaf voor het vaststellen van de aansprakelijkheid. Er dient verband te zijn tussen de omvang van de aansprakelijkheid en de gevolgen van de schadeveroorzakende gebeurtenis.¹³³ Uit het Waeyens-Scheers versus Naus arrest volgde dat, om art. 6:104 BW te kunnen toepassen, enige vorm van schade vereist is.¹³⁴ Indien in een zaak geheel geen schade is geleden kan de rechter art. 6:104 BW niet toepassen. Dit is het geval indien de aangesprokene aannemelijk maakt dat er geen schade kan zijn ontstaan. In het Ymere-arrest stelde de Hoge Raad dat indien aannemelijk is dat het door de schuldenaar behaalde financiële voordeel de vermoedelijke omvang van de schade aanmerkelijk te boven gaat, de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst. Deze wijze van berekening komt neer op een vorm van abstracte schadeberekening, zodat nadeel bij onzekerheid door de eiser niet hoeft te worden aangetoond.

3.4.3. Speelt verwijtbaarheid een rol?

In de conclusie 3.24.2 stelt de advocaat-generaal

dat de beslissing of art. 6:104 BW wordt toegepast, indien toepassing mogelijk is, is overgelaten aan de rechter die over de feiten oordeelt. De rechter heeft op dit punt een discretionaire bevoegdheid. Omstandigheden die bepalen of toepassing 6:104 BW redelijk is, zijn bijvoorbeeld de verwijtbaarheid van het gedrag van de dader, de aard van de schade en de graad van waarschijnlijkheid dat de door de gedaagde behaalde winst correspondeert met eisers schade c.q. of de winst van de aangesproken partij een goede matstaf vormt voor de reëel geleden schade. Voor doeloverwegingen – wordt met toepassing van deze bepaling onwenselijk gedrag tegengegaan? – biedt deze bevoegdheid ook de ruimte.

Deze wetsbepaling maakt geen onderscheid of de daad dan wel de tekortkoming aan de aansprakelijke kan worden verweten. De Hoge raad overweegt dat vereist is dat het schadetoebrengende handelen aan de aansprakelijke persoon kan worden toegerekend op de voet van art. 6:162 BW lid 3 onderscheidenlijk art. 6:75 BW, en dat tussen dat

¹³² Antwoord II, Parl. Gesch. Inv. W6, p. 1269.

¹³³ Oosterveen 2009, (T&C, BW) art. 98. Boek 6, aant. 1.

¹³⁴ HR 1993, NJ 1995, 421. Waeyen-Scheers vs. Naus.

handelen en de schade naast *condicio sine qua non*-verband tevens voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaat. In het bijzonder is voor toepassing van art. 6:104 BW niet een bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist. Wel mag de rechter bij beantwoording van de vraag of hij toepassing zal geven aan art. 6:104 BW, en zo ja, of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten, aan de mate van verwijtbaarheid gewicht toekennen.¹³⁵

3.4.4. Causaal verband onrechtmatige inbreuk privacy en art. 6:104 BW

Een inbreuk op het recht van privacy ex art. 8 EVRM is onrechtmatig. Indien er een causaal verband is vast te stellen tussen publicatie en gemaakte winst, kan het medium worden veroordeeld tot afdracht van de gemaakte winst.

*Rob de Nijs en Belinda Meuldijk vorderden van het blad Story een bedrag gelijk aan de winst behaald bij de verkoop van een aantal afleveringen een bedrag van f 150.000,-*¹³⁶

De rechtbank in Haarlem wees dit af omdat zij niet konden aangeven dat er een causaal verband bestond tussen de door de uitgave van de betreffende afleveringen gemaakt winst en de plaatsing van de gewraakte artikelen. De rechtbank Haarlem wees f 100.000,- en het Hof Amsterdam f 50.000,- toe voor immateriële schade.

In mei 2003 kwam de pers naar buiten met het bericht dat een zekere Fons Spooren was gearresteerd als gevolg van ontucht met jeugdige jongens in het Anne Frankplantsoen te Eindhoven. Zowel de Panorama als de Gay Krant besteedden uitvoering aandacht aan deze zaak. Hierin werd Mgr. Deken Wim van der Valk genoemd als mogelijke betrokkene. Ook wordt ruimschoots aandacht geschonken aan een vakantie van Mgr. Van der Valk in augustus 2003 met “jonge knapen” “zijn acolieten” aan de Spaanse Costa Brava. De rechter oordeelde dat op geen enkele manier aannemelijk is gemaakt dat van der Valk zich aan strafbare feiten schuldig heeft gemaakt. De publicatie is zonder meer onrechtmatig.

Daarom vordert Mgr. Van der Valk o.a. een voorschot van € 50.000,- op door hem geleden materiële en immateriële schade. De rechter overwoog dat de kennelijk door gedaagden met deze prikkelende vorm van publicatie beoogde extra omzet en extra

¹³⁵ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga.

¹³⁶ Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1996, 7. Meuldijk/de Nijs vs Uitgeverij Spaarnestad, uitgever van o.a. Story.

winst die hetzij rechtstreeks door toepassing te geven aan artikel 6:104 BW, hetzij bij de begroting van immateriële schade op basis van artikel 6:106 BW in de beslissing omtrent de hoogte van de schade kan worden betrokken. De rechter achtte het billijk dat er een voorschot op de immateriële schadevergoeding werd toegekend van € 10.000,-.¹³⁷ Mgr. Van der Valk heeft uitsluitend zijn immateriële schade toegelicht. Met materiële schade kan de rechter dan geen rekening houden. Door Mgr. Van der Valk was niet om toepassing van art. 6:104 BW verzocht.

Dat de familie van Oranje zich regelmatig mag “verheugen” op de belangstelling van de “roddelbladen” mag als bekend worden verondersteld en in de zaak tussen Kroonprins W.A., Prinses M. tegen de Telegraaf Tijdschriften Groep BV (Privé) (Ik geef slechts aan waar toe anonimisatie kan leiden) inzake foto’s van het interieur van De Eikenhorst was de rechtbank van mening dat er niet aannemelijk is gemaakt dat zij op geld waardeerbare schade hebben geleden anders dan immateriële schade en wijst het meerdere af.¹³⁸ Dit ondanks het verzoek van eisers om alle opbrengsten verkregen door publicatie en/of verdere exploitatie van de in de dagvaarding omschreven foto’s op te geven via een onafhankelijke registeraccountant.

De Telegraaf Tijdschriften Groep c.q. Privé publiceerde op 14 september 2005 foto’s van Prins Willem Alexander en Prinses Måxima alsmede Prinses Amalia in badkleding. Ook hier werd de eis om de schade te kunnen begroten op de voet van artikel 6:104 BW, derhalve op de winst die Privé zou hebben behaald, afgewezen omdat volgens de rechtbank niet aannemelijk is geworden dat de verkoop van de editie van de Privé is beïnvloed door de plaatsing van de gewraakte publicatie.¹³⁹ In de zaak betreffende Jorge Guillermo, voormalige echtgenoot van Prinses Christina (Marijke) der Nederlanden tegen De Telegraaf Tijdschriften Groep c.q. Privé kon evenmin worden aangetoond dat er meer tijdschriften zijn verkocht waardoor extra winst is gemaakt.¹⁴⁰

Inmiddels zijn de Oranjes afgestapt van de eis om de schade te begroten op voet van art. 6:104 BW. In de zaak Måxima versus Party, waarbij het wederom ging om foto’s van privé-activiteiten, werd een bedrag van € 1.000,- per persoon, derhalve € 3.000,- totaal, toegewezen. De rechtbank achtte deze immateriële schadevergoeding in

¹³⁷ Rb ’s-Hertogenbosch (voorzieningen rechter) 7 november 2003, NJF 2004, 34.

¹³⁸ Rb. Amsterdam 25 februari 2004, LJN AO4371.

¹³⁹ Rb. Amsterdam 29 maart 2006, LJN AV7581.

¹⁴⁰ Rb. Amsterdam 19 april 2006, LJN AW2164.

overeenstemming met de wettelijke maatstaven. Een verbod voor de toekomst achtte de rechtbank op dit moment een te grote beperking van de vrijheid van meningsuiting van gedaagden.¹⁴¹

De in deze arresten geschetste problematiek met betrekking tot het vaststellen van het causaal verband is door de recente jurisprudentie gewijzigd.

In het Ymere-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de benadeelde niet hoeft aan te tonen dat om art. 6:104 BW toe te kunnen passen er een causaal verband bestaat tussen de te begroten winst en de schade. De bedoelde winst hoeft ook niet ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt. Het CSQN-verband moet wel bestaan in de omvangsfase en daarnaast moet er voldoende verband als bedoeld in art. 6:98 BW bestaan.

3.5. Conclusie hoofdstuk 3:

In geval van onjuiste of door onvolledigheid misleidende publicatie van feitelijke aard geeft art. 6:167 BW de rechter de mogelijkheid de gedaagde op vordering van de eiser te veroordelen tot openbaarmaking van een rectificatie. Rectificatie en/of een verklaring van recht lijkt een effectieve manier om de media tot de orde te roepen. Het is twijfelachtig of de gedupeerde er veel aan heeft omdat de hele zaak opnieuw wordt opgerakeld zodat de lezer blijft denken “waar rook is, is vuur”.

Indien het slachtoffer ervan op de hoogte is dat een publicatie gaat plaatsvinden, is een verbodsvordering een effectief middel om bekendmaking te voorkomen. De dwangsom dient dan wel voldoende hoog te zijn omdat met name de commerciële omroepen het verbod “aan hun laars zullen lappen” als dit financieel interessant is. Met name Boulevard journalisten als Peter de Vries maken een kosten / batenanalyse.

Als een publicatie onrechtmatig is kan de benadeelde een schadevergoeding eisen. De schade moet dan wel worden onderbouwd en aannemelijk zijn. Het EHRM ziet in een zeer hoge schadevergoeding een beperking van de uitingsvrijheid zoals bleek uit het Miloslavsky-arrest.¹⁴² In Nederland zijn de toegekende bedragen laag.

Er is in potentie een doeltreffende manier om de programmamakers van de zogenaamde “onthullingprogramma’s” die door de commerciële omroepen worden uitgezonden en

¹⁴¹ Rb Amsterdam 6 februari 2008, LJN BC3781. Mxima vs. Party.

¹⁴² EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 554. Miloslavsky.

journalisten van de schandaalpers te treffen, te weten de door de gewraakte uitzendingen en artikelen gemaakte extra winst als schadevergoeding te claimen.

De Hoge Raad is van oordeel dat art. 6:104 BW zich juist voor toepassing leent in gevallen waarin niet vastgesteld kan worden wat de omvang van de daadwerkelijk geleden schade is.

In het arrest Stichting Ymere¹⁴³ overwoog de Hoge Raad dat niet noodzakelijk is dat concreet nadeel door de benadeelde wordt aangetoond. De schade moet aannemelijk zijn. De schadevergoeding hoeft ingevolge art. 6:104 BW niet in een reële verhouding te staan tot de daadwerkelijke schade. Uit de arresten Stichting Ymere en Setel¹⁴⁴ kan worden geconcludeerd dat art. 6:104 BW een vorm van schadebegroting behelst. Voor toepassing van art. 6:104 BW is geen bijzondere mate van verwijtbaarheid van het schadetoebrengende handelen vereist. Bij toepassing van art. 6:104 BW mag de rechter aan de mate van verwijtbaarheid vaststellen of hij de schade op het volledige bedrag van de winst zal begroten. De benadeelde hoeft niet aan te tonen dat er een causaal verband is tussen de te schatten winst en zijn schade.

Met name wanneer het gaat om onrechtmatige boulevardjournalistiek is de positie van de benadeelde hierdoor verbeterd omdat de schade in beginsel wordt begroot op een door de rechter te bepalen gedeelte van de winst en niet meer door de benadeelde hoeft te worden aangetoond. Het CSQN-verband tussen de wanprestatie en de winst moet wel bestaan in de omvangsfase als bedoeld in art. 6:98 BW. Dit wil niet zeggen dat de in paragraaf 3.4.4 besproken jurisprudentie van de rechtbank Amsterdam geheel is achterhaald. Door het niet-punitieve karakter van art. 6:104 BW mag de rechter de schade begroten op het volledige bedrag van de winst aldus de Hoge Raad in het Ymere-arrest.

¹⁴³ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga.

¹⁴⁴ HR 18 juni 2010, LJN BL9662. Setel vs. CT.

Hoofdstuk 4:

Duitsland

4.1. Rechtsvergelijking met Duitsland

Artikel 5 GG:

(1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.

(2) Diese Rechte finden ihre Schranken in der Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.

(3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

In dit artikel is het recht op vrijheid van meningsuiting en verspreiding alsmede een censuurverbod vastgelegd. Censuur slaat hier op een verplichting uitlatingen voor de publicatie aan de overheid ter goedkeuring voor te leggen. Een rechterlijk publicatieverbod is onder omstandigheden wel mogelijk.

De rechter toetst deze beperkingen van de vrijheid van meningsuiting aan de grondwet. Het Duitse *Bundesverfassungsgericht* heeft de vrijheid er een dubbele betekenis aan te geven. *Das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung ist als unmittelbarster Ausdruck der Menschenrechte überhaupt* om daar meteen aan toe te voegen dat het *slechthin konstituierend* voor de *freiheitliche demokratische Staatsordnung*; het *ermöglicht erst die ständige geistige Auseinandersetzung, den Kampf der Meinungen, der ihn Lebenselement ist.*¹⁴⁵

In tegenstelling tot art. 7 van de Nederlandse Grondwet worden ook de verspreidingsvrijheid, de vrijheid van informatie en de kunst- en wetenschappelijke vrijheid expliciet genoemd.

¹⁴⁵ B Verf G 15 januari 1958, E7. 198.

In art. 1 GG wordt vermeld dat de waarde van de mens onaantastbaar is. Het recht op menselijke waardigheid neemt in de grondwet van 1949 een voorname plaats in. Dit is niet verwonderlijk gezien de periode van 1933 tot 1945. In die periode werd dit recht met voeten getreden. Bij een onrechtmatige perspublicatie waarbij de bescherming van de eer en goede naam wordt aangetast is de menselijke waardigheid dus in het geding. Het grondrecht uitingsvrijheid kan niet worden ingeroepen, ook niet voor het beschadigen van de democratie.

Politici dienen wanneer het gaat om hun eer en goede naam meer te kunnen incasseren als anderen omdat zij geacht worden in dit opzicht tegen een stootje te kunnen.

Dit wil echter niet zeggen dat alles geoorloofd is. Een uitlating moet een aandeel leveren aan het publieke debat. Een politicus omschrijven als een opportunistische dwangdemocraat was in het publieke debat toegestaan. Hem in een spotprent uitbeelden als seksueel actief zwijn gaat te ver.¹⁴⁶

4.2. § 826

Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung.

Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet, aldus § 826 Bürgerliches Gesetzbuch. Indien er een conflict ontstaat moet een belangenafweging plaatsvinden tussen de vrijheid van meningsuiting en het belang van de tegenpartij. Sinds 1958 is het *Bundesverfassungsgericht* niet van deze lijn afgeweken.¹⁴⁷

Wanneer het gaat om een afweging tussen onrechtmatige perspublicaties en de vrijheid van meningsuiting gebruikt het Duitse recht de leer van de “*Personen der Zeitgeschichte*”. Hierdoor kan de pers in ruime mate in woord en beeld verslag doen over personen die in de geschiedenis beroemd zijn geworden. Voor dergelijke mensen worden andere maatstaven gehanteerd dan voor privépersonen.

Er is binnen deze categorie een onderverdeling tussen absolute en relatieve personen der tijdsgeschiedenis. Absoluut als die iemand in het algemeen een bekende persoonlijkheid is. Relatief als iemand door een speciale gebeurtenis in het nieuws komt. Personen der

¹⁴⁶ B Verf G 22-6-1982, E61, 1.

¹⁴⁷ Smits 2003, p. 37.

tijdsgeschiedenis moeten een inbreuk op hun privéleven eerder voor lief nemen dan privépersonen. Bij de relatieve personen der tijdsgeschiedenis zijn andere regels van toepassing, in het bijzonder wanneer het gaat om de aangelegenheid waaraan zij hun bekendheid danken en bij absolute personen geldt dat voor alle aspecten van hun leven. De grens wordt bepaald door de vraag of de publicatie een wezenlijke bijdrage levert aan de meningsvorming door de inhoud en het onderwerp.¹⁴⁸

Bijdragen aan het maatschappelijk debat krijgen een relatief grote bescherming: “*Das Ausmaß des Schutzes kann allerdings von dem Zweck der Meinungsäußerung abhängen (....) Beiträge zur Auseinandersetzung in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührende Fragen genießen stärkeren Schutz*“.¹⁴⁹

Een beroep op een grondrecht is niet mogelijk indien dat recht gebruikt wordt om de “*freiheitlich demokratische Grundordnung*” te ondergraven (art. 18 GG).

Het feit dat een aantal bepalingen van de Duitse Grondwet onveranderbaar is komt in dit artikel naar boven.

Paragraaf 253 BGB heeft betrekking op de immateriële schade.

Het eerste lid van dit artikel luidt:

(1) Wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, kann Entschädigung in Geld nur in den durch das Gesetz bestimmten Fällen gefordert werden.

Het *Bürgerlich Gesetz Buch* bevat geen definitie van immateriële schade. Par. 253 BGB heeft het alleen over schade *der nicht Vermögensschaden ist*.

Een inbreuk op het “*Algemeine Persönlichkeitsrecht*” wordt thans in Duitsland afgedaan door middel van het toekennen van smartengeld. In het Caroline I-arrest overwoog het BGH vervolgens dat smartengeld wegens de inbreuk op het “*Algemeine Persönlichkeitsrecht*”, geen smartengeld in de eigenlijke betekenis van het begrip is.¹⁵⁰

Het is een *Rechtsbehelf* dat op de *Schutzauftrag* van art. 1 en 2 lid 1 van de Duitse grondwet is gefundeerd. Om de persoonlijkheid effectief te beschermen, kan de rechter met het oog op preventie een hoog bedrag aan smartengeld vaststellen. Het BGH zegt

¹⁴⁸ EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22. Hannover vs Duitsland - Annotatie Dommering.

¹⁴⁹ B Verf G, 26 juni 1990, E82.

¹⁵⁰ BGHZ 128, 1, 15 november 1994.

niet hoe deze preventie functie zich verhoudt tot de dubbele functie van compensatie en genoegdoening. Het is duidelijk dat smartengeld wegens de inbreuk op het “*Algemeine Persönlichkeitsrecht*” mede een preventieve functie vervult.¹⁵¹

De privaatrechtelijke boete de zogenaamde “*Privatbusse*”, heeft lange tijd bestaan, maar is in 1975 afgeschaft. Bij een privaatrechtelijke boete is het de burger die bij de rechter oplegging van een leedtoevoegend deel van een schadevergoeding vordert.¹⁵²

Met de toekenning van smartengeld wordt getracht de benadeelde in een positie te brengen alsof de krenking niet heeft plaats gevonden.¹⁵³ De bedragen zijn, wanneer deze met Nederland worden vergeleken zeer hoog, zoals uit het navolgende blijkt. Het in een advertentie illegaal gebruiken van de beeltenis van Boris Becker in een reclame campagne in de *Frankfurter Allgemeine Zeitung* koste de adverteerder maar liefst € 1.200.000,- als smartengeld¹⁵⁴ en een gemanipuleerde foto van de ex-minister van Buitenlandse Zaken Joschka Fischer had als gevolg dat de uitgever Alex Springer € 200.000,- aan schadevergoeding moest betalen.¹⁵⁵ Tenslotte, wegens het ongeoorloofd publiceren van foto's van Alexandra, de dochter van Caroline van Monaco bij het verlaten van een kraamkliniek, werd een bedrag van \$ 150.000,- als compensatie uitgekeerd.¹⁵⁶

4.3. Conclusie hoofdstuk 4:

Vrijheid van informatie, kunst en wetenschappelijke vrijheid wordt expliciet in art. 5 GG genoemd. In art. 1 GG wordt vermeld dat de waarde van de mens onaantastbaar is. Indien de eer en goede naam worden aangetast is de menselijke waardigheid in het geding.

Deze vrijheid van meningsuiting wordt volgens art. 5 sub 2 GG, beperkt wanneer door de eer en de goede naam van diegenen die het onderwerp van een publicatie zijn in het geding is. Bescherming van de eer en de goede naam is ook in Nederland regelmatig in

¹⁵¹ Verheij 2002, p. 430.

¹⁵² Hartman/van Russen Groen 1998, p. 25 e.v.

¹⁵³ Deurvorst 1995, p. 305 e.v.

¹⁵⁴ LG München 22 februari 2006, Az: 21 O 17367/03.

¹⁵⁵ LG Hamburg 27 oktober 2006, Az: 324 O 381/06.

¹⁵⁶ LG Berlijn 5 oktober 2004, Az: VI ZR 255/03

het geding. Onder de noemer smartengeld wordt het slachtoffer van een onrechtmatige publicatie financiële genoegdoening verschaft.

Evenals in Nederland is er sprake van een belangenafweging tussen enerzijds het recht op privacy en anderzijds het recht op informatievrijheid. Wanneer een uitlating een aandeel levert aan het publieke debat zijn de grenzen ruimer en politici moeten meer over hun kant laten gaan dan particulieren.

In Duitsland is het begrip “*Personen der Zeitgeschichte*” algemeen bekend. Dit zijn personen die in de geschiedenis beroemd zijn geworden, dus om algemeen bekende persoonlijkheden. Zij moeten een inbreuk op hun privéleven eerder voor lief nemen dan privépersonen. Een publicatie is dan voor de Duitse rechter minder snel onrechtmatig.

Het begrip “*Personen der Zeitgeschichte*” is een in Nederland onbekend fenomeen. De procedures die de familie van Oranje regelmatig aanspannen tegen de “roddelpers” illustreren dit. Zij laten zich niets welgevallen en worden door de rechter regelmatig in het gelijk gesteld.

Hoewel de privaatrechtelijke boete is afgeschaft lijkt het erop dat deze via de extreem hoge schadevergoedingen wederom zijn intrede heeft gedaan. Wanneer we de bedragen vergelijken met Nederland valt op dat deze zeer hoog zijn. Een gemanipuleerde foto van de ex-minister van buitenlandse zaken kostte de uitgever € 200.000,- en een foto van Boris Becker de adverteerder € 1.200.000,-.

In Nederland werd een advertentie met een foto van de minister-president afgedaan met een verklaring voor recht zonder om schadevergoeding te verzoeken, zoals bleek in de zaak Staat vs Kijkshop.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Rb Amsterdam 2 februari 2005, NFJ 2005, 157. Staat vs. Kijkshop. (Balkenende).

Hoofdstuk 5:

Conclusie:

5.1. Vrijheid van meningsuiting versus het recht op privacy

Censuur is volgens art. 7 GW en art. 10 EVRM niet geoorloofd. De uitingsvrijheid mag door de overheid achteraf worden beperkt indien blijkt dat deze uiting bij wet in formele zin strafbaar is gesteld.

In onder andere het Handyside-arrest¹⁵⁸ geeft het Europees Hof aan dat het de vrijheid van meningsuiting beschouwd als hoeksteen van de democratie. Burgers hebben recht op informatie, ook wanneer publicaties en uitlatingen beledigen, choqueren en verontrusten als het om zaken van gemeenschappelijk belang gaat. Indien er beperkingen aan de uitingsvrijheid worden gesteld moet het gaan om een beperking die noodzakelijk is in een democratische samenleving, oordeelde het Europees Hof in het Autronic-arrest.¹⁵⁹

In de arresten Lopes Ostra en Gül¹⁶⁰ heeft het Hof aangegeven dat indien door publicatie het algemeen belang wordt gediend, het een ongeoorloofde beperking van de uitingsvrijheid is als het nieuwsorgaan hiervoor wordt veroordeeld. Een vervolging van een journalist wegens het schenden van een geheimhoudingsplicht, kan tot gevolg hebben dat op de in art. 10 EVRM beschermde persvrijheid een ontoelaatbare inbreuk wordt gepleegd, aldus de Hoge Raad in het Telegraaf-arrest.¹⁶¹

De grens tussen de vrijheid van meningsuiting en het beschermen van het recht op privacy is niet helder. Indien er geen enkel publiek belang wordt gediend met een publicatie, zoals een bijdrage aan het publiek debat, wordt het recht op privacy ex art. 8 EVRM geschonden.¹⁶²

De beslissende factor in de afweging is derhalve de beoordeling wat de bijdrage is die de publicatie levert aan het publieke debat.

¹⁵⁸ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236. Handyside.

¹⁵⁹ EHRM 22 mei 1990, NJ 1991, 740. Autronic.

¹⁶⁰ EHRM 26 maart 1985, NJ 1985, 525, EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506. Lopez Ostra. EHRM 19 februari 1996, NJ 1997, 538. Gül.

¹⁶¹ HR 11 juli 2008, NJ 2009, 451. Telegraaf vs AIVD.

¹⁶² EHRM 24 juni 2004, NJ 2005, 22. Caroline von Hannover vs Duitsland.

5.2. Onrechtmatige publicatie ex art. 6:162 BW

Om te beoordelen of een publicatie ex art. 6:162 BW onrechtmatig is moeten alle omstandigheden ten tijde van de publicatie worden meegenomen. Omdat het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer geen absoluut recht is moet dit belang telkens worden afgewogen tegen andere belangen die betrokken zijn bij openbaarmaking van informatie uit de persoonlijke levenssfeer. Bij deze afweging komt in beginsel geen voorrang toe aan het door art. 7 GW en art. 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Dit geldt ook voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten.¹⁶³

Het is bij publicaties van belang dat aan de ene kant de individuele burgers niet worden onderworpen aan onzorgvuldige beschuldigingen en aan de andere kant dat misstanden, door onbekendheid bij het grote publiek, kunnen blijven voortbestaan. Welk belang de doorslag geeft is afhankelijk van de in onderling verband te beschouwen omstandigheden zoals blijkt uit het Herrenberg-arrest.¹⁶⁴ Indien een publicatie door het algemeen belang wordt gerechtvaardigd wordt het onrechtmatige karakter aan deze publicatie ontnomen.

De rechter houdt bij zijn belangenafweging rekening met de mate waarin de verdenkingen steun vonden in het feitenmateriaal dat beschikbaar was ten tijde van de publicatie. Onwaarheden en beschuldigingen zonder feitelijke grondslag zijn altijd onrechtmatig, zoals onder andere is gebleken in de zaak van de Hond vs. de Jong en Wittemans.¹⁶⁵ Dit is ook van toepassing op het politieke discours.¹⁶⁶

5.3. Rechtsvorderingen in geval van een onrechtmatige publicatie?

Indien een publicatie onrechtmatig is kan de benadeelde een rectificatie en/of een verklaring van recht eisen. Is het slachtoffer van een voorgenomen publicatie op de hoogte dan is een verbodsvordering in combinatie met een dwangsom, een effectief

¹⁶³ HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274. Van Gasteren vs. Hemelrijk.

¹⁶⁴ HR 8 maart 1985, NJ 1986, 437. Herrenberg.

¹⁶⁵ HR 1 oktober 2010, NJ 2010, 529. de Jong vs De Hond.

¹⁶⁶ HR 18 januari 2008, RvdW 2008, 108. Leefbaar Delft vs Baljé.

middel om bekendmaking te voorkomen. Deze dwangsom moet wel voldoende hoog zijn omdat er anders geen afschrikwekkend effect vanuit gaat.

Indien als gevolg van een publicatie aantoonbare schade is geleden kan de gedupeerde ex art. 6:162 BW schadevergoeding eisen omdat de toegekende schadevergoedingsbedragen bij immateriële schade laag zijn is het geen effectieve sanctie. Het EHRM ziet in een zeer hoge schadevergoeding een beperking van de uitingsvrijheid.¹⁶⁷ De gemaakte winst kan door middel van winstafroming ex art. 6:104 BW worden geclaimd. Het is niet noodzakelijk dat de feitelijke schade door de benadeelde wordt aangetoond. Er is om art. 6:104 BW toe te kunnen passen geen bijzondere mate van verwijtbaarheid door de dader vereist en er hoeft door de gedupeerde geen causaal verband te worden aangetoond tussen de te beramen winst en zijn schade. Art. 6:104 BW leent zich juist voor toepassing in die gevallen indien de omvang van de schade niet kan worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad.¹⁶⁸

5.4. Rechtsvergelijking Duitsland

In Duitsland wordt even als in Nederland een belangenafweging gemaakt tussen het recht op privacy en het recht op informatievrijheid. Algemeen bekende personen moeten een inbreuk op hun privéleven eerder voor lief nemen dan niet bekende personen. Een publicatie is dan minder snel onrechtmatig.

Het slachtoffer van een onrechtmatige publicatie wordt financiële genoegdoening, onder de noemer smartengeld, verschaft. Dit kunnen forse bedragen zijn. De foto van Boris Becker bij een advertentie kostte de adverteerder € 1.200.000,-. Dit staat in schril contrast met de verklaring voor recht, zonder schadevergoeding, die de Nederlandse Minister President mocht “incasseren” nadat zijn foto, zonder dat hiervoor toestemming was verleend, werd gebruikt in een advertentie van de Kijkshop.¹⁶⁹

¹⁶⁷ EHRM 13 juli 1995, NJ 1996, 554. Miloslavsky.

¹⁶⁸ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga. HR 18 juni 2010, LJN BL9662. Setel vs. CT.

¹⁶⁹ Rb Amsterdam 2 februari 2005, NFJ 2005, 157. Staat vs. Kijkshop. (Balkenende).

5.5. Kan artikel 6:104 BW een adequate rol vervullen bij de bescherming tegen onrechtmatige uitlatingen in de media?

De wetgever was van mening dat het onbillijk was om ten koste van een ander verkregen winst bij de verkrijger te laten waar die ander vermoedelijk veel schade had geleden maar deze naar haar aard niet goed bewijsbaar was.¹⁷⁰

In 1993 besliste de Hoge raad in het arrest Wayen-Scheers vs. Naus¹⁷¹ dat in art. 6:104 BW aan de rechter een discretionaire bevoegdheid is verleend om de schade te begroten op het bedrag van de genoten winst of een gedeelte daarvan. Tevens dat er voor een vordering ex art. 6:104 BW enige schade bij de benadeelde vereist is alsmede een causaal verband tussen de publicatie en gemaakte winst.

Dit plaatste benadeelden in een lastige positie omdat causaal verband moeilijk aan te tonen was tussen de gemaakte winst en de gewraakte publicatie.¹⁷² In de arresten Stichting Ymere en Setel¹⁷³ uit 2010, heeft de Hoge Raad het winst begrip versoepeld.

Hierdoor hoeft de benadeelde het causaal verband tussen de te begroten winst en de door benadeelde geleden schade niet meer aan te tonen. Dit is met name van belang als het gaat om onrechtmatige boulevardjournalistiek, aangezien voorheen de behaalde winst niet kon worden afgeroomd omdat deze extra winst door de benadeelde niet kon worden aangetoond.

De rechter mag bij toepassing van art. 6:104 BW wegens het niet-punitieve karakter van dit artikel de schade begroten op het volledige bedrag van de winst maar hij hoeft dit niet.

Er is voor een vordering ex art. 6:104 BW geen specifieke mate van verwijtbaarheid nodig. De winst hoeft niet ten koste van de benadeelde te zijn gemaakt. Door de recente jurisprudentie van de Hoge Raad staat de benadeelde van een onrechtmatige inbreuk op zijn privacy in de media aanmerkelijk sterker in zijn poging schadevergoeding te verkrijgen.

¹⁷⁰ Antwoord II, Parl. Gesch. Inv. W6, p. 1269.

¹⁷¹ HR 24 december 1993, NJ 1995, 421. Waeyen vs Naus.

¹⁷² Hof Amsterdam 4 november 1993, NJ 1996, 7. Meuldijk/de Nijs vs Uitgeverij Spaarnestad, uitgever van o.a. Story. Rb. Amsterdam 29 maart 2006, LJN AV7581. Rb Amsterdam 19 april 2006, LJN AW2164.

¹⁷³ HR 18 juni 2010, LJN BM0893. St. Ymere vs Doerga. HR 18 juni 2010, LJN BL9662. Setel vs. CT.

Literatuurlijst:

Akkermans, 2005

P.C.W. Akkermans, e.a., *Grondrechten*, Deventer: Kluwer, 2005.

Assers/Hartkamp (6II), 2009

A.S. Hartkamp, e.a., *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer, 2009.

Assers/Hartkamp (6 IV), 2011

A.S. Hartkamp, e.a., *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer, 2011.

Bulk, 1998

M. Bulk, *Recificatie en uitingenvrijheid*. Een onderzoek naar civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitingen (diss. Amsterdam UvA) 1998.

Burkens, 2006

M.C. Burkens e.a., *Beginnelsen van de democratische rechtsstaat*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 2006.

Deurvorst, 1995

T.E. Deurvorst, *Smartengeld bij krenkende berichtgeving, Beschouwingen over Nederlands, Duits en Engels recht*. Den Haag, Vermande 1995.

Grosheide, 2007

F.W. Grosheide, *Hoofdstukken Communicatie & Mediarecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

Harinxma thoe Slooten, 2003

L.R. Harinxma thoe Slooten, *Toegang tot het recht tegen de media*, NJB-38, 2003

Hartman/van Russen Groen, 1998

A.R. Hartman, P.M. van Russen Groen, *Contouren van het bestuursstrafrecht*. Gouda: Quint 1998.

Parl.Gesch.Inv.W6

C.J. van Zeben, J.W. du Pon en M.M. Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw Burgerlijk Wetboek, Boek 6. Algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer, 1981.

Van der Pot, 2006

C.W. van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga & R. de Lange, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer, 2006.

Smits, 2003

J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies NVVR, Deventer. Kluwer 2003.

Verheij, 2002

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*,. Ars Aequi Libri, 2002.